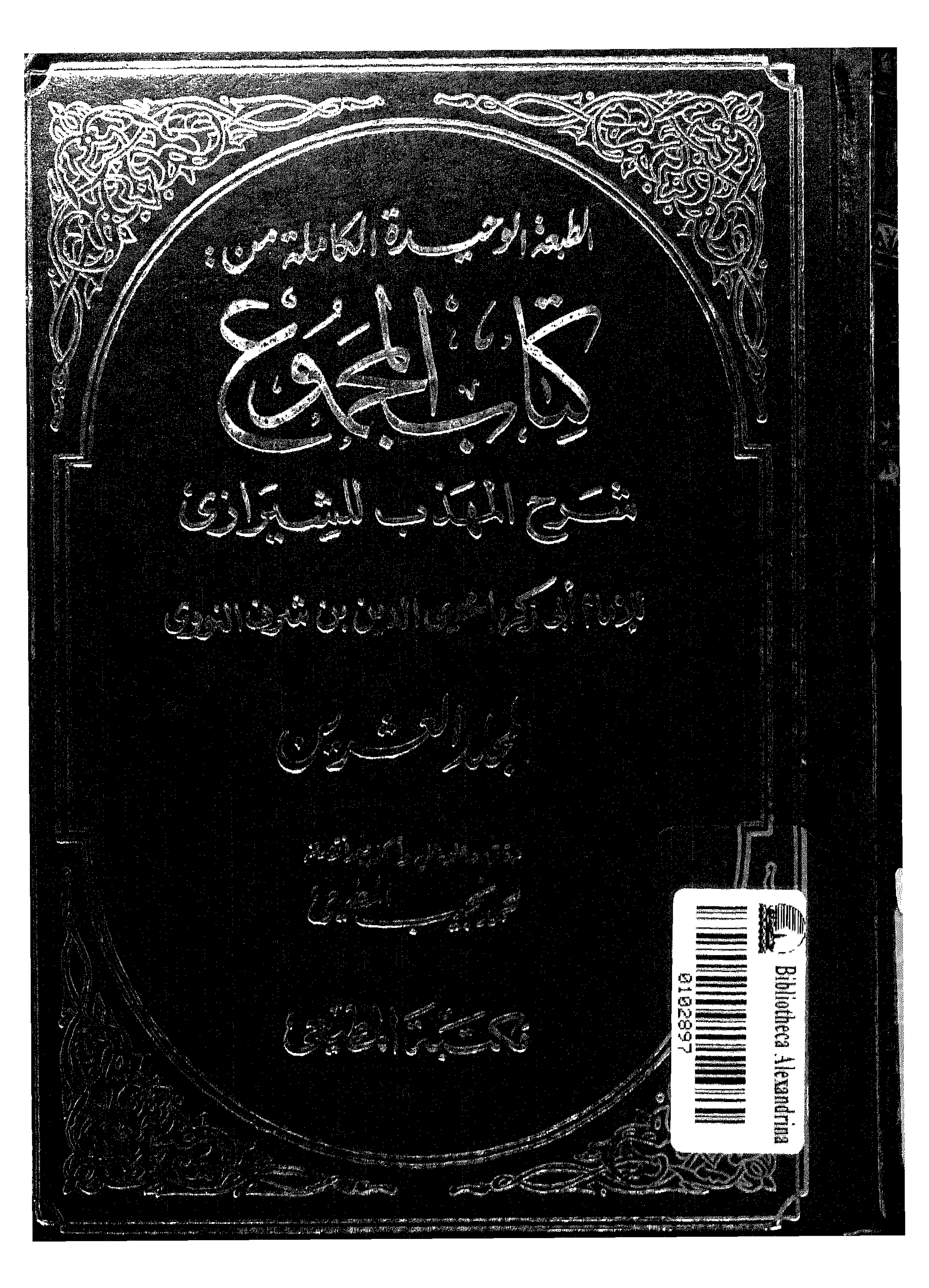

الطبعة الوحيدة الكاملة من :
كتاب المجموع
شرح المهذب للشيرازي
للإمام أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي
المجلد العشرين
محمد نجيب المطيعي
مكتبة المطيعي
Bibliotheca Alexandrina
0102897









دعاء مستجاب :

اسأل الله الكريم اتمامه على احسن الوجوه وأكملها واتمها واعجلها ، وانفعها فى الآخرة والدنيا ، واكثرها انتفاعا به واعمها فائدة لجميع المسلمين ..

[الشيخ محيى الدين النووى فى المقدمة جـ ١ ص ١٠٣]

الجزء العشرون

وهو الجزء الخامس من تكملة هذا الشرح

بقلم

محمد نجيب المطيعى

رئيس قسم السنة وعلوم الحديث
بجامعة ام درمان الاسلامية

مكتبة الإرشاد
جدة - المملكة العربية السعودية



بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب مقام المعتدة والمكان الذى تعتد فيه

اذا طلقت المرأة فان كان الطلاق رجعياً كان سكناها حيث يختار الزوج من المواضع التى تصلح لسكنى مثلها ، لانها تجب لحق الزوجية ، وان كان الطلاق بائناً نظرت فان كان فى بيت يملك الزوج سكناه بملك او اعارة ، فان كان الموضع يصلح لسكنى مثلها لزمها ان تعتد فيه لقوله عز وجل ((أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم)) فأوجب أن تسكن فى الموضع الذى كان يسكن الزوج فيه فان كان الموضع يضيق عليهما انتقل الزوج وترك السكنى لهـا ، لان سكناها تختص بالموضع الذى طلقها فيه . وان اتسع الموضع لهما وأراد ان يسكن معها نظرت فان كان فى الدار موضع منفرد يصلح لسكنى مثلهـا ، كالحجرة او علو الدار ، أو سفلها وبينهما باب مغلق فسكنت فيه وسكن الزوج فى الثانى جاز ، لانهما كالدارين المتجاورتين ، فان لم يكن بينهما باب مغلق فان كان لها موضع تستتر فيه ومعها محرم لها تتحفظ به كره ، لانه لا يؤمن النظر ولا يحرم ، لان مع المحرم يؤمن الفساد ، فان لم يكن محرم لم يجـز لقوله عليه السلام ((لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم ، فان ثالثهـما الشيطان)) .

فصـــل وان اراد الزوج بيع الدار التى تعتد فيها نظرت ــ فان كانت مدة العدة غير معلومة ، كالعدة بالحمل او بالاقراء ــ فالبيع باطل لان النافع فى مدة العدة مستثناه ، فيصير كما لو باع الدار واستثنى منفعة مجهولة ، فان كانت مدة العدة معلومة كالعدة بالشهور ففيه طريقان :

(احدهما) انها على قولين كبيع الدار المستاجرة .

(والثانى) انه يبطل قولا واحداً ، والفرق بينهما ان منفعة الدار تنتقل

الى المستاجر ، ولهذا اذا مات انتقل الى وارثه فلا يكون فى معنى من باع الدار واستثنى بعض المنفعة ، والمراة لا تنتقل المنفعة اليها فى مدة العدة ؛ ولهذا اذا ماتت رجعت منافع الدار الى الزوج فيكون فى معنى من باع الدار واستثنى منفعتها لنفسه .

فصـــل وان حجر على الزوج بعد الطلاق لديون عليه لم يبع المسكن حتى تنقضى العدة ، لان حقها يختص بالعين فقدمت كما يقدم المرتهن على سائر الغرماء وان حجر عليه ثم طلق ضاربت المراة الغرماء بحقهـــا فان بيعت الدار استؤجر لها بحقها مسكن تسكن فيه لان حقها وان ثبت بعد حقوق الغـرماء الا انه يستند الى سبب متقدم وهو الوطء فى النكاح ، فان كانت لها عادة فيما تنقضى به عدتها ضاربت بالسكنى فى تلك المدة فان انقضت العدة فيما دون ذلك ردت الفاضل على الغرماء ، فان زادت مدة العدة على العادة ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) أنها ترجع على الغرماء بما بقى لها كما ردت الفاضل اذا انقضت عدتها فيما دون العادة .

(والثانى) لا ترجع عليهم لأن الذى استحقت الضرب به قدر عادتها .

(والثالث) ان كانت عدتها بالاقراء لم ترجع لان ذلك لا يعلم الا من جهتها وهى متهمة ، وان كانت بوضع الحمل اقامت البينة على وضع الحمل ورجعت عليهم لانه لا يلحقها فيه تهمة ، فان لم يكن لها عادة فيما تنقضى به عدتها ضربت معهم باجرة اقل مدة تنقضى به العدة لانه يقين فلا يجب ما زاد بالشك ، فان زادت المدة على اقل ما تنقضى به العدة كان الحـكم فى الرجـوع بالزيادة على ما ذكرناه اذا زادت على العادة .

فصـــل وان طلقت وهى فى مسكن لها لزمها ان تعتد به لانه مسكن وجبت فيه العدة ، ولها ان تطالب الزوج باجرة المسكن لأن سكناها عليـــه فى العدة .

الشرح الحديث أخرجه أحمد فى مسنده من حديث عامر بن ربيعة بلفظ « لا يخلون رجل بامرأة لا تحل له فان ثالثهما الشيطان الا محـــرم » وأخرجه من حديث جابر بلفظ « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها فان ثالثهما الشيطان » . وقد أخرج معنـــاه

الشيخان عن ابن عباس وأحمد ومسلم وأبو داود والترمذى من حديث أبى سعيد الخدرى وجرير بن عبد الله وبريدة وعقبة بن عامر .

اما الأحكام فقوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » قال ابن العربى : وبسط ذلك وتحقيقه أن الله سبحانه لما ذكر السكنى أطلقها لكل مطلقة ، فلما ذكر النفقة قيدها بالحمل ، فدل على أن المطلقة البائن لا نفقة لها .

فاذا طلق الرجل امرأته نظرت ، فان كان الطلاق رجعيا وجب عليه نفقتها واسكانها حيث يختار لأنها فى معانى الزوجات بدليل أنه يلحقها طلاقه وظهاره وايلاؤه ويتوارثان ، فكانت فى معانى الزوجات فى النفقة والسكنى يجبان فى مقابلة الاستمتاع والزوج متمكن من الاستمتاع بها متى شاء بعقد الرجعة ، وانما حرمت عليه بعارض فهو كما لو أحرمت . وبه قال أصحابنا وابن عمر وابن مسعود وعائشة ، وهو قول فقهاء المدينة وعلماء الأمصار ، وذهب ابن عباس وجابر بن عبد الله الى أنه لا يجب عليه لها السكنى ، وبه قال أحمد واسحاق لما روى أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها وكان غائبا بالشام ، فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم أن تعتد فى بيت أم كلثوم ودليلنا قوله تعالى : « يا أيها النبى اذا طلقتم النساء » الى قوله : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » فأمر بأن لا يخرجن من بيوتهن وأراد به بيوت أزواجهن والأمر على الوجوب . والدليل على أنه أراد بيوت أزواجهن قوله : « ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » والفاحشة هاهنا : هو أن تبذو على أحمائها ، فلو أراد بيوتهن اللاتى يملكن لما أجاز اخراجهن للفاحشة ، وقوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن » والمراد به المطلقة البائن ؛ لأنه شرط فى وجوب النفقة لها الحمل : وذلك انما يعتبر فى البائن ، فأما الرجعية فتجب لها النفقة بكل حال ، فأما حديث فاطمة فانما نقلها عن بيت زوجها ؛ لأنها بذت على أهل زوجها ؛ والدليل عليه ما روى عن ميمون بن مهران أنه قال : دخلت المدينة فسألت عن أفقه من بها ، فقيل لى : سعيد بن المسيب ، فأتيته فسألته عن المبتوتة يعد لها السكنى ؟ فقال :

لها السكنى ، فقلت له : فحديث فاطمة بنت قيس ؟ فقال : تيك امرأة فتنت الناس • انها كانت فى لسانها ذرابة فاستطالت على أحمائها فنقلها رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيت زوجها • وروى أن عائشة كانت تقول لفاطمة : اتقى الله ولا تكتمى السبب ، أى لا تكتمى سبب النقل •

اذا ثبت هذا فان المسلمين والذميين فيما ذكرناه سواء ، لقوله تعالى : « اذا طلقتم النساء » وهذا يعم المسلمة والذمية ، وأما الأمة اذا طلقها زوجها ، فالحكم فى سكناها فى حال عدتها كالحكم فى سكناها فى حال الزوجية ، وذلك أن السيد اذا زوج أمته ؛ فهو بالخيار بين أن يمكن الزوج بالاستمتاع بها ليلا ونهاراً ، وبين أن يمكنه من الاستمتاع بها ليلا ويستخدمها نهاراً ، فان مكنته من الاستمتاع ليلا ونهاراً ، فعلى الزوج نفقتها وسكناها • وان مكنته من الاستمتاع بها بالليل دون النهار ، لم يجب على الزوج نفقتها وسكناها على المذهب ، فعلى هذا اذا طلقها الزوج وأرسلها السيد ليلا ونهاراً وجب على الزوج اسكانها ، وان أرسلها بالليل دون النهار لم يجب على الزوج اسكانها ان اختار الزوج اسكانها بالليل ليخص ماءه فيه ، وجب على السيد ارسالها فيه كما قلنا يجب على السيد ارسالها ليلا فى حال الزوجية اذا تقرر هذا ، فنقل المزنى فى بعض النسخ : ولأهل الذمية أن ينقلوها من بيتها • قال أصحابنا : هذا غير صحيح • انما قال الشافعى : ولأهل الأمة أن ينقلوها ، وانما صحفه المزنى وان وطىء الرجل امرأته بشبهة فاعتدت عنه أو نكحها نكاحاً فاسداً ووطئها ففرق بينهما لم يجب عليه لها السكنى ؛ لأنه لا حرمة بينهما ، وان مات عن الصغيرة التى فى المهد ؛ فهل يجب لها السكنى ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى ؛ الأصح أنه يجب لها كالبالغة ، والثانى : لا يجب لها وبه قال أبو حنيفة •

واذا طلقت وهى فى مسكن للزوج بملك أو اجارة أو اعارة وهو مما يصح لسكنى مثلها وجب سكناها فيه لقوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » فان أراد الزوج نقلها عنه الى غيره أو طلبت أن تنتقل عنه اذا اتفقا على ذلك من غير عذر لم يجز لأن الله نهى

الأزواج عن اخراجهن ونهاهن عن الخروج عن بيوتهن وأراد به بيوت سكناهن •

اذا ثبت هذا فان سكناها معتبر بحالها فان كانت ذات جهاز وجوار فلا يسعها الدار الصغيرة فعلى الزوج اسكانها فى دار تسعها وان كانت فقيرة لا جهاز لها ولا جوار فتكفيها الدار الصغيرة فعلى لأن الله أمر بالسكنى ولم يبين قدره فينبغى أن يكون الرجوع فيه الى العرف والعادة والعرف والعادة يختلف فى ذلك باختلاف حالها ؛ يرجع فى ذلك اليه ولا يعتبر سكناها فى حال الزوجية لأنه قد يسكنها فى حال الزوجية بدون سكنى مثلها وترضى هى بذلك فلا يلزمها ذلك فى العدة وقد يسكنها فى حال الزوجية بدار أكثر من سكنى مثلها وتتطوع بذلك فلا يلزمه ذلك فى العدة • فاذا تقرر هذا فان كانت الدار التى كانت ساكنة فيها وقت الطلاق سكنى مثلها وجب سكناها فيه ، وان كانت دون سكنى مثلها فان رضيت به فلا كلام وان لم ترض به فعليه أن يسكنها فى سكنى مثلها،فان أمكنه أن يضم الى الموضع الذى هى ساكنة فيه حجرة جيدة وكان ذلك سكنى مثلها فعل ذلك ، وان لم يمكنه ذلك نقلها الى سكنى مثلها بأقرب المواضع الى الدار التى كانت ساكنة فيها فيه ، وان كانت الدار فوق سكنى مثلها وأراد الزوج أن يسكن هو فما زاد على سكنى مثلها نظرت فان كان فى الدار حجرة وبين الحجرة والدار باب مغلق ويفتح الدار والحجرة سكنى مثلها فللزوج أن يسكنها فى الدار ويسكن هو فى الحجرة أو يسكنها فى الحجرة ويسكن هو فى الدار لأنهما كالدارين المتلاصقين ، وان لم يكن فى الدار حجرة ولكنى للدار علو وسفل يصلح كل واحد منهما لسكنى مثلها وبينهما باب فللزوج أن يسكنها فى أحدهما ويسكن هو فى الآخر كالدارين الملاصقين ، والأولى أن يسكنها فى العلو ؛ لأن لا يستطلع عليها ،وان لم يكن للدار علو وسفل ؛ ولكنها دار كبيرة ذات بيوت كالخانات التى ينفرد كل بيت منها بطريق وغلق والمرأة ممن يسكن مثلها فى مثل هذه البيوت ، فانها تسكن فى بيت منها وللزوج أن يسكن فى بيت منها ؛ لأن هذه الدار كالدور والمحلة التى تجمع الدور ، وان لم تكن الدار كذلك ولكنها سكن واحد ، فان لم يكن فيها الا بيت واحد ، فليس للزوج أن يسكن معها ، بل ينتقل عنها سواء كان معها محرم أو لم

يكن ؛ لأنه يحرم عليه الاجتماع معها ، وان كانت في الدار بيتان أو ثلاثة أو أكثر ليس بينهما حاجز غلق ويكفيها أن تسكن في بيت منها فأراد الزوج أن يسكن في بيت من هذه الدار وتسكن هي في الآخر ، فان لم يكن معهـا محرم لم يجز للزوج أن يسكن معها لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يخلون رجل بامرأة ليست له بمحرم فان ثالثهما الشيطان » ، ولا يؤمن أن يخلو بها في مثل ذلك ، وان كان معها محرم لها كالأب والابن أو امرأة ثقة معهـا ولها موضع تستتر به عن الزوج جاز أن يسكن معها ؛ لأنه يؤمن أن يخلو بها وهل يعتبر أن يكون المحرم لها بالغاً ؟ فيه وجهان :

قال القاضي أبو الطيب : تعتبر أن يكون بالغاً ؛ لأن من دون البالغ ليس بمكلف ، فلا يلزمه انكار الفاحشة •

وقال الشيخ أبو حامد : لا يعتبر أن يكون بالغاً ، بل اذا كان مراهقـاً عاقلا جاز لأن الغرض أن لا يخلو الرجل بامرأة ، وذلك لا يوجد مع كون المراهق العاقل معها ، فان حجز بين البيتين بحاجز من طين أو خشب أو قصب جاز أن يسكن معها ؛ لأنهما تصيران كالدارين المتجاورين •

فــرع واذا طلقها الزوج وهي في مسكن للزوج يملكه فان أراد بيعه قبل انقضاء عدتها نظرت فان كانت عدتها بوضع الحمل أو بالأقراء لم يصح بيعه قولا واحداً لأنها تستحق السكنى في الدار مدة الوضع والاقراء مجهولة فتصير كما لو باع داراً أو استثنى منفعتها مدة مجهولة ، وان كانت عدتهـا بالشهور فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال.هل يصح البيع ؟ فيه قـولان كبيع الدار المستأجرة قبل انقضاء مدة الاجارة ولم يذكر المسعودي غير هذا ومنهم من قال : لا يصح البيع قولا واحداً لأنا لو جوزنا هذا البيع لـكان في معنى من باع عيناً واستثنى منفعتها مدة لأن المنفعة هاهنا للزوج بدليل أن المرأة لو ماتت قبل انقضاء عدتها لكانت سكنى الدار ترجع الى الزوج وليس كذلك الدار المستأجرة فان المنفعة فيها للمستأجر فلا يكون في معنى مـن باع داراً واستثنى منفعتها •

فـــرع وان طلق الرجل امرأته ثم أفلس وحجر عليه كانت المـرأة أحق بسكنى الدار من سائر الغرماء لأن حق الزوجة تعلق بعين الدار بالطلاق وحقوق الغرماء متعلقة بذمة المفلس ، وكان حقها أقوى فقدمت كما لو رهن عيناً من ماله ثم أفلس فان باع الحاكم الدار لحق الغرماء قبل انقضاء مـدة العدة فهو كما لو باعها المالك على ما مضى فى التى قبلها . وان أفلس الزوج وحجر عليه ثم طلق زوجته فانها لا عقدم على الغرماء بالمسكن لأن حقهـا مساوى لحقوقهم لأن سبب حقها الزوجية وذلك موجود قبل الحجر فتضارب الغرماء فى أجرة سكناها مدة العدة فان كانت عدتها بالشهور فانها تضرب معهم بأجرة دار تصلح لسكنى مثلها ثلاثة أشهر فان كانت أجرته مثلا فى ثلاثة أشهر ثلاثمائة درهم ضربت معهم ثلاثمائة فان كان ماله مثل ثلث ديونه فان الذى يخصها مائة درهم فتأخذها وتستأجر بها الدار التى كانت ساكنة فيه وقت الطلاق ان أمكنها استئجارها ، وان لم يمكنها استئجارها استأجرت داراً تصلح لسكنى مثلها بأقرب المواضع اليها فاذا استأجرت بالمائة سـكنى مثلها شهراً وانقضت مدة الاجارة فلها أن تسكن باقى مدة العـدة فى أى موضع شاءت لأن الاسكان من جهة الزوج قد تعذر ويكون باقى أجـرة سكناها وهو المائتان دينا لها فى ذمـة الزوج الى أن يوسر كسائر ديون الغرماء ، وان كانت عدتها بالأقراء أو بوضع الحمل فان كان لها عادة فـيما تنقضى لها عدتها من الاقراء أو الحمل فانها تضارب الغرماء بأجرة مسـكن مثلها فى مثل المدة التى جرت عادتها بانقضاء عدتها فيها فان كانت أجـرة مسكن مثلها فى زمان عادتها ثلاثمائة وكان ماله مثـل ثلث ديونه فان الذى يخصها مائة فتأخذها من ماله وتستأجر بها الدار التى كانت ساكنة بها ان أمكن . وان تعذر استئجارها استأجرت داراً تصلح لمثلها بأقرب المواضع اليها ، وان لم تنقض عدتها الا فى وقت عادتها فانها لا ترجع على الغـرماء بشىء ولا يرجعون بشىء مما خصها بل اذا انقضت المدة الذى استأجرت بها الدار مما خصها من مال الزوج انتقلت الى حيث شاءت ، وكان باقى أجـرة مسكنها ديناً لها فى ذمة الزوج الى أن يوسر ، وان انقضت عدتها بأقل من عادتها مثل أن كانت عادتها أن عدتها تنقضى بثلاثة أشهر وأجرة مسكن مثلها

فيها ثلثمائة وماله ثلث ديونه فخصها مائة فأخذتها ، ثم انقضت عدتها بشهرين •

فاذا تبين أن الذى كانت تضرب مائتان فترد ثلث المائة وهو ثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم ويقسم ذلك بينها وبين الغرماء على قدر ديونه لأنه كمال ظهر للمفلس وان زادت مدة عدتها على قدر عادتها بأن لم تنقض عدتها الا بستة أشهر ففيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) أنها ترجع على الغرماء فتأخذ مما فى أيديهم على قدر ما لو ضربت معهم بستمائة درهم لأنه بان أن الذى يستحق الضرب به هو ذلك فرجعت عليهم كما يرجعون عليها اذا انقضت عادتها كما لو ظهر للمفلس غريم •

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق أنها لا ترجع على الغرماء بشىء لأن الذى استحقت الضرب به هو ذلك القدر مع تجويز أن يكون لها أكثر منه فلم يجز نقض القسمة بأمر كان موجوداً حال القسمة •

(والثالث) ان كانت عدتها بالاقراء لم تضرب معهم بالزيادة لأن الزيادة لا تعلم الا بقولها ولا يجوز أن تستحق بقولها حقاً على غيرها وان كانت عدتها بالحمل ضربت بالزيادة لأن الزيادة تعلم بالبينة فجاز لها الرجوع بالبينة ؛ وان لم يكن لها عادة فيما تنقضى به عدتها فانها تضرب مع الغرماء بأجرة مثل مسكنها فى أقل مدة تنقضى بها العدة فان كانت عدتها بالأقراء ضربت باجرة مثل مسكنها اثنين وثلاثين يوماً ولحظتين ، وان كانت عدتها بالحمل ضربت بأجرة مثل مسكنها بستة أشهر لأن ذلك يقين فان انقضت عدتها لذلك فلا كلام فان أسقطت ما تنقضى به العدة لأقل من ستة أشهر ردت الفضل على الغرماء كما قلنا اذا انقضت عدتها بأقل من عدتها التى ضربت بها مع الغرماء ولا يأتى فى الاقراء أن تنقضى عدتها بأقل من الاثنين وثلاثين يوماً ولحظتين ، وان زادت عدتها فى الاقراء أو فى الحمل على أقل المدة فيهما فهل تستحق الرجوع على الغرماء بالزيادة ؟ على الأوجه الثلاثة اذا زادت عدتها على قدر عادتها • فان قيل اذا جوزتم لها أن تضرب مع الغرماء بأجرة مسكنها مدة

عادتها وأقل مدة تنقضى بها العدة فهلا قلتم انها تستحق السكنى فى المنزل الذى يملكه الزوج اذا طلقها فيه بعد أن أفلس وجوزتم بيعه لحق الغـرماء فى أحد القولين كالدار المستأجرة ؟ قلنا لا نقول ذلك لأن عادتها قد تزيـد على ذلك فتكون فى معنى من باع داراً واستثنى منفعة مجهولة فلم يصح ؛ هذا نقل أصحابنا البغداديين وقال المسعودى اذا كانت عدتها بالحمل ففيـه وجهان :

(أحدهما) وهو الأصح أنها تضرب بغالب مدة الحمل •

(والثانى) بأجرة أقل مدة الحمل ، وان كانت بالاقراء ولا عادة لهـا ضربت بأجرة أقل مدة تنقضى به العدة ، وان كان لها عادة فوجهان الصحيح يضرب بأجرة عادتها والثانى بأقل مدة تنقضى بها الاقراء •

فـرع وان طلقها وهى فى مسكن لها فاختلف أصحابنا فيه فقال الشيخ أبو اسحاق يلزمها أن تعتد فيه لأنه مسكن وجبت فيه العدة ولها أن تطالبه بأجرة المسكن لأن سكناها عليه ؛ وقال ابن الصباغ : ان أقامت فيه باجارة أو اعارة جاز ، وان طلبت أن يسكنها فى غيره لزمه لأنه ليس عليهـا أن تؤجره ملكها ولا تعيره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـل وان مات الزوج وهى فى العدة قدمت على الورثة فى السكنى لانها استحقتها فى حال الحياة فلم تسقط بالموت كما لو اجر داره ثم مات فان اراد الورثة قسمة الدار لم يكن لهم ذلك ، لان فيها اضرارا بها فى التضييق عليها ، وان ارادوا التمييز بان يعلموا عليها بخطوط من غير نقض ولا بناء ، فان قلنا أن القسمة تمييز الحقين جاز لانه لا ضرر عليها ، وان قلنا انها بيـع فعلى ما بيناه •

فصـل وان توفى عنها زوجها وقلنا : انها تسـتحق السكنى فان كانت فى مسكن الزوج لزمها ان تعتد فيه ، لما روت فريعة بنت مالك « ان زوجها

قتل فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم امكثى حتى يبلغ الكتاب اجله » وان لم تكن فى مسكن الزوج وجب من تركته اجرة مسكنها مقدمة على الميراث والوصية ، لانه دين مستحق فقدم ، وان زاحمها الغرماء ضاربتهم بقدر حقها ، فان لم يكن له مسكن فعلى السلطان سكناها لما فى عدتها من حق الله تعالى ، وان قلنا : لا تجب لها السكنى اعتدت حيث شاءت ، فان تطوع الورثة بالسكنى من مالهم وجب عليها الاعتداد فيه .

فصل وان امر الزوج امراته بالانتقال الى دار اخرى فخرجت بنية الانتقال ثم مات او طلقها وهى بين الدارين ففيه وجهان :

(احدهما) انها تخير بين الدارين في الاعتداد ، لان الاولى خرجت عن ان تكون مسكنا لها بالخروج منها والثانية لم تصر مسكنا لها .

(والثانى) وهو الصحيح انه يلزمها الاعتداد فى الثانية ، لانها مامورة بالمقام فيها ممنوعة من الاولى .

فصل وان اذن لها فى السفر فخرجت من البيت بنية السفر ثم وجبت العدة قبل ان تفارق البنيان ، ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى سعيد الاصطخرى ان لها ان تعود ولها ان تمضى فى سفرها ، لأن العدة وجبت بعد الانتقال من موضع العدة فصار كما لو فارقت البنيان .

(والثانى) وهو قول ابى اسحاق انه يلزمها ان تعود وتعتد لانه لم يثبت لها حكم السفر ، فان وجبت العدة وقد فارقت البنيان ، فان كان فى سفر نقلة ففيه وجهان كما قلنا فيمن طلقت وهى بين الدار التى كانت فيها وبين الدار التى امرت بالانتقال اليها ، فان كانت فى سفر حاجة فلها ان تمضى فى سفرها ولها ان تعود ، لان فى قطعها عن السفر مشقة ، وان وجبت العدة وقد وصلت الى المقصد ، فان كان للبقاء لزمها ان تقيم وتعتد لانه صار كالوطن الذى وجبت فيه العدة ، فان كان لقضاء حاجة فلها ان تقيم الى ان تنقضى الحاجة ، فان كان لزيارة او نزهة فلها ان تقيم مقام مسافر وهو ثلاثة ايام لان ذلك ليس باقامة ، فان قدر لها اقامة مدة من شهر او شهرين ففيه قولان :

(احدهما) أن لها أن تقيم المدة ، وهو اختيار المزنى ، لأنه ماذون فيه .

(والثانى) أنها لا تقيم اكثر من اقامة المسافر وهو ثلاثة ايام ، لأنه لم يؤذن فى المقام على الدوام فلم تزد على ثلاثة أيام ، فان انقضى ما جعل لها من المقام نظرت فان علمت أنها اذا عادت الى البلد إمكن آن نقضى شيئاً من عدتها ولم يمنعها خوف الطريق لزمها العود لتقضى العدة فى مكانها ، وان علمت أنها اذا عادت لم يبق منها شيء ففيه وجهان :

(احدهما) لا يلزمها لأنها لا تقدر على العدة فى مكانها .

(والثانى) يلزمها لتكون اقرب الى الموضع الذى وجبت فيه العدة .

فصل اذا احرمت بالحج ثم وجبت عليها العدة ، فان لم تخش فوات الحج اذا قعدت للعدة لزمها أن تقعد للعدة ثم تحج ؛ لأنه يمكن الجمع بين الحقين فلم يجز اسقاط احدهما بالآخر ، فان خشيت فوات الحج وجب عليها المضى فى الحج ، لأنهما استويا فى الوجوب وتضييق الوقت والحج أسبق فقدم . وان وجبت العدة ثم أحرمت بالحج لزمها القعود للعدة ؛ لأنه لا يمكن الجمع بينهما والعدة أسبق فقدمت .

الشرح حديث فريعة بنت مالك أخرجه أبو داود فى الطلاق عن القعنبى والترمذى فى الطلاق عن اسحاق بن موسى والنسائى فى الطلاق عن محمد بن العلاء وعن قتيبة وعن اسحاق بن منصور وابن ماجه فى الطلاق عن أبى بكر والطبرانى فى الطلاق عن سعد بن اسحاق وقد صححه الترمذى ولفظه : « خرج زوجى فى طلب أعلاج له فأدركهم فى طرف القدوم فقتلوه ؛ فأتانى نعيه وأنا فى دار شاسعة من دور أهلى ولم يدع نفقة ولا مالا ورثته وليس المسكن له ، فلو تحولت الى أهلى واخوتى لكان أرفق لى فى بعض شأنى . قال تحولى ، فلما خرجت الى المسجد أو الى الحجرة دعانى أو أمر بى فدعيت ، فقال : امكثى فى بيتك الذى أتاك فيه نعى زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله ، قالت : فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً ، قالت : وأرسل الى عثمان فأخبرته فأخذ به » ولم يذكر النسائى وابن ماجه ارسال عثمان . وأخرجه أيضاً مالك فى الموطأ والشافعى وابن حبان والحاكم وصححاه ،

وأعله ابن حزم بجهالة حال زينب بنت كعب بن عجرة الراوية له عن فريعة ، ولكن زينب المذكورة وثقها الترمذى وغيره فى الصحابة •

وأما ما روى عن على بن المدينى بأنه لم يرو عنها غير سعد بن اسحاق فمردود بما فى مسند أحمد من رواية سليمان بن محمد بن كعب بن عجرة عن عمته زينب فى فضل الامام على عليه السلام ، وقد أعل الحديث أيضاً بأن فى اسناده سعد بن اسحاق وتعقبه ابن القطان ثم انه قد وثقه النسائى وابن حبان ، ووثقه أيضاً ابن معين والدارقطنى • وقال أبو حاتم صالح الحديث • وروى عنه جماعة من أكابر الأئمة ولم يتكلم فيه بجرح ، وغاية ما قاله فيه ابن حزم وعبد الحق أنه غير مشهور وهذه دعوى باطلة ؛ فان من يروى عنه مثل سفيان الثورى وحماد بن زيد ومالك بن انس ويحيى ابن سعيد والدراوردى وابن جريج والزهرى مع كونه أكبر منه ، وغير هؤلاء الأئمة كيف يكون غير مشهور •

اما اللغات فان فريعة ــ بضم الفاء وفتح الراء بعدها ياء ساكنة ــ ويقال لها الفارعة ، وهى بنت مالك بن سنان ــ أخت أبى سعيد الخدرى ــ وشهدت بيعة الرضوان •

وقد استدل بهذا الحديث على أن المتوفى عنها زوجها تعتد فى المنزل الذى بلغها نعى زوجها وهى فيه ولا تخرج منه الى غيره ؛ وقد ذهب الى ذلك جماعة من الصحابة والتابعين ومن بعدهم ، واليه ذهب مالك وأبو حنيفة والأوزاعى واسحاق وأبو عبيد •

وأما المتوفى عنها زوجها فهل يجب لها السكنى فى مدة عدتها ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يجب لها السكنى وبه قال على وابن عباس وعائشة وهو اختيار المزنى لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً » فذكر العدة ولم يذكر السكنى ولو

كانت واجبة لذكرها ولأنها لا تجب لها النفقة بالاجماع فلم تجب لها السكنى كما لو وطئها بشبهة •

(والثانى) يجب لها السكنى وبه قال عمر وابن مسعود وأم سلمة ومن الفقهاء مالك والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وهو الصحيح لقوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم متاعاً الى الحول غير اخراج » فذكر الله فى هذه الآية أحكامها منها أن المتوفى عنها لا تخرج من منزلها وأن العدة حول وان لها النفقة والوصية فنسخت العدة فيما زاد على أربعة أشهر وعشر بالآية الأولة ونسخت النفقة بآية الميراث وبقى السكنى على ظاهر الآية بدليل ما روى عن فريعة بنت مالك أنها قالت: أتيت النبى صلى الله عليه وسلم وقلت : يا رسول الله ان زوجى خرج فى طلب عبيد له هربوا فلما وجدهم قتلوه ولم يترك لى منزلا أفأنتقل الى أهلى فقال لها نعم ؛ ثم دعاها قبل أن تخرج من الحجرة ؛ فقال : اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشراً » ولأنها معتدة عن نكاح صحيح فوجب لها السكنى كالمطلقة •

وأما الآية الأولة فلا حجة فيها لأنها قد ذكر السكنى فى الآية المنزلة بعدها فان قيل ما معنى قولها : ولم يترك لى منزلا قلنا : يملك عينه أو يملك منفعته باجارة وانما كانت فى منزل مستعار ، واذا رضى المعير بسكناها فيه وجب عليها السكنى فيه فان قيل فلم ينقل أنهم رضوا بسكناها فيه قيل أمر النبى صلى الله عليه وسلم لها أن تسكن فيه على أنهم قد رضوا لأنه لا يجوز أن يأمر بما لا يجوز ، وأما اذن النبى صلى الله عليه وسلم لها بالانتقال عن البيت الذى كانت ساكنة فيه ، ثم أمره لها بالاعتداد فيه تأويلان :

(أحدهما) يحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم أذن لها فى الخروج عنه ساهياً فذكر فرجع والسهو يجوز على النبى صلى الله عليه وسلم وانما لا يقر عليه •

(والثانى) يحتمل أن يكون أفتاها بالفتوى الأولة على ظاهر ذهب اليه ، ثم بان له فى الباطن خلافه فرجع اليه كما روى أنه أقطع الأبيض بن حمال

ملح مأرب فقيل له يا رسول الله انه كالماء العد فقال فلا اذاً . فان قلنا : كانت فى مسكن مستعار ورضى المعير بسكناها فيه وجب عليه السكنى فيه وان لم يجب لها السكنى فان مات وهى فى مسكن للزوج بملك أو اجارة وجب عليها السكنى فيه وان لم يكن فى مسكن للزوج ؛ وكان للزوج تركة استؤجر لها من تركة الزوج مسكن يصلح لسكنى مثلها فى أقرب المواضع الى حيث أسكنها الزوج ويقدم ذلك على الوصى والميراث ؛ وان كان على الميت دين يستغرق من تركته زاحمتهم بأجرة مسكنها على ما ذكرناه فى المطلقة . قال الشيخ أبو اسحاق : فان لم يكن للزوج مسكن فعلى السلطان سكناها لما فى عدتها من حق الله ، وان قلنا لا يجب لها السكنى فان تطوع الورثة باسكانها لتحصين ماء الزوج وجب عليها أن تسكن حيث أسكنوها اذا كان يصلح لسكنى مثلها وان لم يتطوعوا ورأى السلطان من المصلحة أن يكرى لها مسكناً من بيت المال لتحصين ماء الميت كان له ذلك لأن ذلك مصلحة واذا بذل لها ذلك وجب عليها السكنى فيه لأن ذلك يتعلق به حفظ نسب الميت ، وان لم يتطوع الورثة ولا السلطان باسكانها فلها أن تسكن حيث شاءت .

فـرع وان طلق الرجل امراته طلاقاً بائناً ثم مات عنها فى أثناء العدة وجب اسكانها قولا واحداً لأنها قد استحقت السكنى على الزوج بالطلاق قبل الموت فلم يسقط ذلك بموته كالدين فان مات الزوج وهى فى دار يملكها الزوج كانت أحق بسكناها الى أن تنقضى عدتها فان أراد الورثة أن يبيعوا هذه الدار قبل انقضاء عدتها فهو كما لو أراد الزوج بيعها قبل انقضاء عدتها ، وقد مضى ذكر . وان أرادوا قسمتها بينهم قسمة يكون فيها نقض بناء واحداث ما يضيق عليها لم يكن لهم ذلك لقوله تعالى : « ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » ، وان كانت قسمة لا يحصل بها عليها تضييق ، وانما ميزوا بالقول لكل واحد منهم موضعاً من الدار واقترعوا عليه أو تراضوا به من غير قرعة فهل يصح ما فعلوه ؟ ان قلنا ان القسمة تمييز الحقين صح ذلك ولزم . وان قلنا ان القسمة بيع فهو كما لو باعوها ، وقد مضى ذكره وهكذا الحكم فى المتوفى عنها زوجها اذا قلنا : انها تستحق

السكنى فمات وهى فى دار يملكها الزوج وأراد ورثته قسمتها بينهم قبل انقضاء عدتها .

فــرع اذا أسكن الزوج امرأته فى دار ثم أمرها بالانتقال عنها الى دار أخرى فانتقلت اليها وطلقها أو مات عنها وجب عليها أن تعتد فى الثانية ، لأنها قد صارت مسكناً لها وان أمرها بالانتقال الى الثانية فطلقها أو مات عنها قبل ان تنتقل عن الأولة كان عليها أن تعتد فى الأولة لأنها مسكنها وقت وجوب العدة وليس للزوج أن ينقلها الى الثانية ولا لها أن تنتقل عنها بأمره الأول وان خرجت من الأولة فطلقها أو مات عنها وهى بين الأولة والثانية ففيه وجهان :

(أحدهما) أنها بالخيار أن ترجع الى الأولة فتعتد فيها لأنها لم تحصل فى الثانية وبين أن تمضى الى الثانية وتعتد فيها لأنها قد أمرها بالانتقال اليها .

(والثانى) لا يجوز لها أن ترجع الى الأولة ، بل يلزمها أن تصير الى الثانية وتعتد بها ــ وهو الأصح ــ لأنها منهية عن المقام فى الأولة ، وقد فارقتها مأمورة بالاقامة فى الثانية .

اذا ثبت هذا فان الاعتبار بانتقالها هو انتقالها ببدنها دون قماشها وخدمها فمتى انتقلت ببدنها الى الثانية فقد صارت مسكناً لها وان نقلت متاعها وقماشها فى الأولة الى الثانية وبقيت فى الأولة فطلقها أو مات عنها فان مسكنها الأول .

وقال أبو حنيفة : الاعتبار ببدنها وقماشها ومتاعها دليلنا أن الاعتبار بالسكنى بالبدن بدليل قوله تعالى : « ليس عليكم جناح أن تدخلوا بيوتاً غير مسكونة فيها متاع لكم » فسماها غير مسكونة وان كان فيها متاعهم .

اذا ثبت هذا فان انتقلت ببدنها الى الثانية ثم رجعت الى الأولة فمسكنها الثانية لأنها قد صارت مسكناً لها لانتقالها اليها ببدنها وانما رجعت الى الأولة لحاجة .

وان أذن لها بالسفر الى بلد ثم طلقها او مات عنها وهي في مسكنها لم تخرج بيدنها منه فعليها أن تعتد فيه سواء أخرجت قماشها أو لم تخرجه لأن الاعتبار ببدنها وان خرجت من مسكنها ولم تفارق بنيان البلد الا أنها في موضع يجتمع فيه القافلة ثم يخرجون ثم طلقها أو مات عنها ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبي اسحاق أن عليها أن تعود الى منزلها وتعتد فيه لأنها اذا لم تفارق البنيان فهي في حكم ما لو لم تفارق منزلها بدليل أنه لا يجوز لها الترخص بشيء من رخص المسافر •

(والثاني) وهو قول أبي سعيد الاصطخري ان لها أن تعود الى منزلها وتعتد فيه ولها أن تمضي في سفرها لأن مزايلتها لمنزلها باذن الزوج يسقط عنها حكم المنزل في الاقامة فيه فان فارقت بنيان البلدة ثم طلقها أو مات عنها قبل أن تصير الى البلدة الثانية فان كان قد أمرها بالانتقال الى البلد الثانية ففيه وجهان كما لو أمرها بالانتقال من أحد الدارين الى أخرى فطلقها أو مات عنها وهي بينهما :

(أحدهما) أنها بالخيار بين أن ترجع الى مسكنها في البلد الذي انتقلت عنه وبين أن تنتقل الى البلدة الثانية •

(والثاني) يلزمها الانتقال الى البلدة الثانية وان كان السفر الى البلدة الثانية لا للنقلة ولكن لحاجة أو زيادة أو نزهة فهي بالخيار بين أن ترجع الى مسكنها في البلد الذي انتقلت عنه وبين أن تمضي في سفرها لأنها ربما بلغت موضعاً يشق عليها العود منه والانقطاع عن الرفقة فجاز لها العود في السفر فان رجعت الى مسكنها فاعتدت فيه فلا كلام وان مضت في سفرها أو طلقها أو مات عنها بعد أن بلغت مقصدها فان كان سفرها للنقلة في البلدة الثانية فعليها أن تعتد في البلدة الثانية وان كان سفرها للنزهة أو للزيارة ولم يقدر لها مدة فلها أن تقيم ثلاثة أيام ولا تقيم أكثر من ذلك لأنه انما أذن لها في السفر دون الاقامة والاقامة في الثلاث ليست باقامة وما زاد فاقامة بدليل أن المسافر اذا نوى الاقامة ثلاثاً لم تنقطع رخص السفر وان أقام أربعاً انقطعت رخص السفر وان كان سفرها لحاجة أو تجارة فقال الشيخ أبو اسحاق وابن

الصباغ : لها أن تقيم الى أن تقضى حاجتها ؛ وقال الشيخ أبو حامد : لا تقيم أكثر من ثلاثة أيام وان أذن لها فى السفر للنزهة أو للزيارة وأذن لها أن تقيم فى البلدة الثانية أكثر من ثلاثة أيام ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز لها أن تقيم أكثر من ثلاثة أيام لأنه لم يجعل الثانية مسكناً لها وانما أذن لها فى المقام فيها وذلك لا يقتضى أكثر من اقامة السفر .

(والثانى) يجوز لها أن تقيم فيها المدة التى أذن لها فى الاقامة بها وهو الأصح لأنه اذن لها فيها فهو كما لو أمرها بالانتقال اليها .

اذا ثبت هذا وانقضت حاجتها أو أقامت المدة التى جوزناها لها فان كان الطريق مخوفاً لا يمكنها أن تعود الى البلدة الأولة أو لم تجد رفقة تسافر معها لم يلزمها العودة الى الأولة بل تتم عدتها فى البلده الثانية . وان كان الطريق آمناً وأمكنها الرجوع الى الأولة نظرت فان علمت أنها متى عادت الى الأولة أمكنها أن تقتضى بعض عدتها فى البلد الأول لزمها أن تعود الى الأول وتتم عدتها فيها وان كانت تعلم أن عدتها تنقضى قبل أن تبلغ البلد الأول ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يلزمها العود اليه لأنه لا فائدة فيه .

(والثانية) يلزمها العود اليه وهو الأصح لأنه غير مأذون لها فى الاقامة فى البلد الثانى ولأن ذلك أقرب الى البلد المأذون لها فى الاقامة به . هذا الحكم فيما اذا أذن لها فى السفر قال الشيخ أبو حامد : فأما اذا سافر بها ثم طلقها فانه يجب عليها أن تعود الى بلدها وتعتد فيه و لا يجوز لها النفوذ فى السفر لأنه انما أذن لها فى أن تكون معه ولا تفارقه فاذا طلقها فقد وقعت الفرقة وانفرادها بالسفر غير مأذون لها فيه فلزمها الرجوع والاعتداد فى بلدها .

اذا ثبت هذا فان الشافعى قال : ولو أذن لها فى زيارة أهلها أو النزهة فعليها أن ترجع ؛ لأن الزيارة ليست مقاماً ولا يختلف أصحابنا أنه اذا أذن

لها في السفر لنزهة أو زيارة فطلقها بعد أن فارقت البنيان ؛ فهي بالخيار بين أن تمضي في سفرها وبين أن تعود على ما مضى •

واختلف أصحابنا في تأويل كلام الشافعي ، فقال أبو اسحاق : تأويله اذا أذن لها في السفر لنزهة أو زيارة الى البلد أو الى مسافة لا تقصر اليها الصلاة من البلد ، ثم طلقها ، فعليها أن ترجع الى البلد . لأنها في حكم المقيمة ؛ بدليل انها لا تترخص بشيء من رخص السفر ؛ فهو كما لو طلقها قبل أن تفارق البنيان بخلاف ما لو أذن لها في السفر لذلك الى بلد تقصر اليها الصلاة ، لأن عليها مشقة في العودة بعد الخروج عن البلد •

وقال الشيخ أبو حامد : هذا التأويل غير صحيح . والتأويل عندي : أنها لا تقيم بعد الثلاث • وأما الثلاث ؛ فلها أن تقيم فيها ، وانما قصد الشافعي بهذا أن يفرق بين السفر للنزهة والزيارة ، وبين السفر للاقامة والاقامة مدة •

فـــرع وان أذن الرجل لزوجته أن تحرم بالحج أو العمرة فأحرمت ثم طلقها وهي محرمة • قال الشيخ أبو حامد : فان كان الوقت ضيقاً بحيث اذا أقامت حتى تنقضي العدة فاتها الحج ، لزمها أن تمضي على حجها ؛ وان كان الوقت واسعاً فهي بالخيار ان شاءت مضت في الحج وان شاءت أقامت حتى تقضي العدة •

وذكر الشيخ أبو اسحاق : اذا لم تخش فوات الحج اذا قعدت للعدة لزمها أن تقعد للعدة ثم تحج •

وقال أبو حنيفة : يجب عليها أن تقيم حتى تقضي عدتها وان خافت فوات الحج • دليلنا : أنهما عبادتان استويا في الوجوب ويضيق وقت احداهما ، فوجب تقديم السابقة منهما ؛ وان طلقها ثم أحرمت بالحج أو العمرة ؛ فعليها أن تقيم لقضاء العدة لأن وجوبها أسبق ، فاذا انقضت عدتها ، فان كانت أحرمت بالعمرة ، فانها لا تفوت فتتمها بعد انقضاء العدة ؛ وان كانت قد أحرمت بالحج ، فان كان الوقت واسعاً بحيث يمكنها أن تمضي وتدركه

مضت عليه ، وان ضاق الوقت وفات الحج تحللت بعمل عمرة وقضت الحج من قابل •

قال في الأم : ولو كان أذن لها في الخروج الى الحج ثم طلقها قبل أن تحرم لم يجز لها أن تحرم ؛ فان أحرمت كان عليها أن تقعد للعدة ؛ لأنهـا وجبت قبل حصول الاحرام ، فأشبه اذا لم يأذن •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجوز للمبتوتة ولا المتوفى عنها زوجها الخروج من موضع العدة من غير عذر لقوله تعالى : ((لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخـرجن الا أن ياتين بفاحشة مبينة)) •

وردت زينب بنت كعب بن عجرة عن فريعة بنت مالك قالت ((قلت لرسول الله صلى الله عليه وسلم : انى في دار وحشة افانتقل الى دار أهلى فاعتـد عندهم ؟ فقال اعتدى في البيت الذى اتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتـاب اجله ، أربعة اشهر وعشرا)) •

فصـــل وان بذت على اهل زوجها نقلت عنهم لقوله تعالى ((ولا يخرجن الا أن ياتين بفاحشة مبينة)) قال ابن عباس رضي الله عنه : الفاحشة المبينة أن تبذو على اهل زوجها ، فاذا بذت على الأهل حل اخراجها • وأما اذا بذا عليها اهل زوجها نقلوا عنها ، ولم تنتقل ، لأن الاضرار منهم دونها ، وان خافت في الموضع ضرراً من هدم او غيره انتقلت ، لأنها اذا انتقلت للبذاء على أهل زوجها فلأن تنتقل من خوف الهدم اولى ، ولأن القعود للعدة لدفع الضرر عن الزوج في حفظ نسب ولده والضرر لا يزال بالضرر •

فان كانت العدة في موضع بالاعارة فرجع المعير او بالاجارة فانقضت المدة وامتنع المؤجر من الاجارة او طلب أكثر من اجرة المثل انتقلت الى موضع آخر ، لأنه حال عذر ، ولا تنتقل في هذه المواضع الا الى أقرب موضع من الموضع الذى وجبت فيه العدة ، لأنه اقرب الى موضع الوجوب ، كما قلنـا فيمن وجبت عليه الزكاة في موضع لا يجـد فيـه اهـل السـهمان انه ينقـل الزكاة الى اقرب موضع منه • وان وجب عليها حق لا يمكن الاستيفاء الا به كاليمين في دعوى

أو حد ــ فان كانت ذات خدر ــ بعث اليها السلطان من يستوفى الحق منها ، وان كانت برزة جاز احضارها لأنه موضع حاجة فاذا قضت ما عليهــا رجعت الى مكانها ، وإن احتاجت الى الخروج لحاجة كشراء القطن وبيع الغزل لم يجز ان تخرج لذلك بالليل ، لما روى مجاهد قال « استشهد رجال يوم احد فتأيم نساؤهم فجئن رســول الله صلى الله عليــه وســلم وقلن : يا رســول الله انا نستوحش بالليل ونبيت عند احدانا حتى اذا اصبحنا بادرنا الى بيوتنــا ؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تحدثن عند احــداكن ما بدا لكن ، حتى اذا أردتن النوم فلتؤب كل امراة الى بيتها ، ولأن الليل مظنة للفساد فلا يجوز لها الخروج من غير ضرورة . وان ارادت الخروج لذلك بالنهار نظرت ــ فان كانت فى عدة المبتوتة ففيه قولان :

قال فى القديم لا يجوز لقوله تعالى « ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشــــة مبينة » .

وقال فى الجديد يجــوز ، وهو الصحيح لما روى جابر رضى الله عنه قال « طلقت خالتى ثلاثاً ، فخرجت تجد نخلا لها فلقيها رجل فنهاها ، فاتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال لها : اخرجى فجدى نخلك لعــلك أن تصدقى منه او تفعلى خيراً » ولانها معتدة بائن فجاز لها أن تخرج بالنهــار لقضاء الحاجة كالمتوفى عنها وزجها) .

الشرح فى قوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن » دليل على أنه ليس للزوج أن يخرجها من مسكن النكاح ما دامت فى العدة ، و لايجــوز لها الخروج الا لضرورة ظاهرة ؛ فان خرجت أثمت ولا تنقطع العدة ؛ والمبتوتة فى هذا كالرجعية وهذا لصيانة ماء الرجل ــ وهذا معنى اضــافة البيــوت اليهن ، كقوله تعالى : « واذكرن ما يتلى فى بيوتكن من آيات الله والحكمة » وقوله تعالى : « وقرن فى بيوتكن » فهو اضافة اسكان لا اضافة تمليك .

أما حديث فريعة فقد مضى تخريجه آنفا .

وقوله « دار وحشة » دار مضاف ووحشة مضاف اليه ، وأصله المــكان القفر من الأنيس . وأثر ابن عباس قال ابن كثير فى قوله تعالى « الا أن يأتين بفاحشة مبينة » والفاحشة المبينة تشمل الزنا ؛ كما قاله ابن مسعود وابن

عباس وسعيد بن المسيب والشعبى والحسن وابن سيرين ومجاهد وعكرمة وسعيد بن جبير والضحاك وأبو قلابة وأبو صالح وزيد بن أسلم وعطاء الخراسانى والسدى وسعيد بن أبى هلال وغيرهم ا ه .

وقال القرطبى : وعن ابن عباس والشافعى : أنه البذاء على أحمائها فيحل لهم اخراجها ؛ وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال فى فاطمة : تلك امرأة استطالت على أحمائها بلسانها فأمرها عليه السلام أن تنتقل .

وفى كتاب أبى داود قال سعيد : تلك امرأة فتنت الناس ، انها كانت لسنة فوضعت على يدى ابن أم مكتوم الأعمى ؛ قال عكرمة فى مصحف أبى : « الا أن يفحش عليكم » ويقوى هذا ان محمد بن ابراهيم بن الحارث روى أن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس : اتق الله فانك تعلمين لم أخرجت ؟

وعن ابن عباس : الفاحشة كل معصية ؛ كالزنا والسرقة والبذاء على الأهل .

وعن ابن عمر أيضاً والسدى : الفاحشة خروجها من بيتها فى العدة ؛ وقال قتادة : الفاحشة النشوز ، وذلك أن يطلقها فتتحول عن بيته .

قال ابن العربى : أما من قال انه الخروج للزنا فلا وجه له ؛ لأن ذلك الخروج هو خروج القتل والاعدام ؛ وليس ذلك بمستثني فى حلال ولا حرام ؛ وأما من قال : انه البذاء ، فهو مفسر فى حديث فاطمة بنت قيس ؛ وأما من قال انه كل معصية فوهم ؛ لأن الغيبة ونحوها من المعاصى لا تبيح الاخراج ولا الخروج . وأما من قال : انه الخروج بغير حق فهو صحيح ، وتقدير الكلام : لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن شرعاً الا أن يخرجن تعدياً . ا ه .

(قلت) قال الشافعى فى الأم : أخبرنا عبد العزيز عن محمد بن عمرو عن محمد بن ابراهيم عن ابن عباس أنه كان يقول : الفاحشة المبينة أن تبذو على أهل زوجها ، فاذا بذت فقد حل اخراجها ؛ ثم ساق هذا الاسناد الى عائشة

رضى الله عنهـا كانت تقـول اتقى الله يا فاطمة فقد علمت فى أى شىء كان ذلك . قال الشافعى أخبرنا ابراهيم بن أبى يحيى عـن عمـرو بن ميمـون ابن مهران عن أبيه قال : قدمت المدينة فسألت عن أعلم أهلهـا فدفعت الى سعيد بن المسيب ، فسألته عن المبتوتة فقال : تعتد فى بيت زوجها . فقلت : فأين حديث فاطمة بنت قيس ؟ فقال : هاه وصف أنه تغيظ . وقال : فتنت فاطمة الناس ، كانت للسانها ذرابة فاستطالت على أحمائها فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تعتد فى بيت ابن أم مكتوم .

وقال الشوكانى فى نيل الأوطار : وأما دعوى أن سبب خروجهـا كان الفحش فى لسانها ، كمـا قال مروان لما حدث بحديثهـا : ان كان بكم شر فحسبكم ما بين هذين من الشر ، يعنى أن خروج فاطمة كان لشر فى لسانها . فمع كون مروان ليس من أهل الانتقاد على أجلاء الصحابة والطعن فيهم ، فقد أعاذ الله فاطمة عن ذلك الفحش الذى رماها به ، فانها من خيرة نسـاء الصحابة فضلا وعلما ، ومن المهاجرات الأوليات . ولهذا ارتضاها رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبه وابن حبه أسامة ، وممن لا يحملها رقة الدين على فحش اللسان الموجب لاخراجها من دارها ، ولو صح شىء من ذلك لـكان أحق الناس بانكار ذلك عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى هذا الكلام من الشوكانى نظر سنأتى عليه .

أما خبر مجاهد المرسل ، فقد أخرجه الشافعى وعبد الرزاق هكذا مرسلا بلفظ المصنف ، وله شواهد متصلة موقوفة على ابن مسعود عند عبد الرزاق فى نساء نعى اليهن أزواجهن وتشكين الوحشة . فقال ابن مسعود : يجتمعن بالنهار ثم ترجع كل امرأة منهن الى بيتها بالليل .

وأخرج ابن أبى شيبة عن عمـر رضى الله عنه أنه رخص للمتوفى عنهـا زوجها أن تأتى أهلها بياض يومها ، وأخرج سعيد بن منصور عن على رضى الله عنه : انه جوز للمسافرة الانتقال . وروى الحجاج بن منهال : أن امرأة سألت أم سلمة بأن أباها مريض وأنها فى عدة وفاة ، فأذنت لها وسط النهار .

أما حديث جابر فقد أخـرجه أحمـد ومسـلم وأبو داود وابن ماجـه والنسائى .

اما الأحكام فللمعتدة الخروج فى حوائجها نهاراً سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها لحديث جابر « طلقت خالتى ثلاثاً فخرجت تجد نخلها فلقيها رجل فنهاها فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : اخرجى فجدى نخلك لعلك أن تتصدقى منه أو تفعلى خيراً » •

وحديث مجاهد المرسل وفيه « تحدثن عند احداكن حتى اذا أردتن النوم فلتؤب كل واحدة الى بيتها » وليس لها المبيت فى غير بيتها ، ولا الخروج ليلا الا لضرورة ؛ لأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فانه مظنة قضاء الحوائج والمعاش وشراء ما يحتاج اليه ؛ وان وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه الا بها كاليمين وكانت ذات خدر بعث اليها الحاكم ما يستوفى الحق منها فى منزلها ، وان كانت برزة جاز احضارها لاستيفائه ، فاذا فرغت رجعت الى منزلها •

مسألة قال الشافعى وتثوى البدوية حيث يثوى أهلها • وجملة ذلك أن البدوية اذا طلقها وهى مقيمة فى خبائها فانها تعتد فى بيتها الذى تسكنه لأنه منزل اقامتها فهو كمنزل الحضرية فان انتقل أهل الحى ففيه أربع مسائل :

(أحدها) أن ينتقل جميع أهل الحى الى موضع آخر فانها تنتقل معهم الى حيث انتقلوا وتتم عدتها فيه كما لو كانت مقيمة فى قرية فانتقل أهل القرية الى قرية أخرى فانها تنتقل معهم •

(الثانية) أن ينتقل بعض أهل الحى وكان أهلها مع المقيمين وكان فيمن بقى منعة فانه لا يجوز لها أن تنتقل عن موضعها لأنه لا ضرر عليها فى الاقامة فهو كما لو انتقل بعض أهل الحى وفيهم منعة فانه لا يجوز لها أن تنتقل •

(الثالثة) أن ينتقل أهلها وبقى بعض أهل الحى وفيهم منعة فهى بالخيار ان شاءت أقامت مع من بقى لأن فيهم منعة ، وان شاء انتقلت مع أهلها لأن عليها وحشة وضرر لمفارقة أهلها فجاز لها الانتقال معهم •

(الرابعة) ان هرب أهلها عن الموضع خوفا من سلطان أو عدو وغيرهم من أهل الحى مقيمون فان كانت تخاف ما يخاف أهلها فلها أن ترتحل مع اهلها . وان كانت لا تخاف لم يجز لها الانتقال لأن أهلها لم ينتقلوا ها هنا وانما هربوا ومساكنهم باقية ولا تخاف هى ما يخافون فلم يكن لها عذر فى الانتقال ويفارق اذا انتقل أهلها لغير الخوف لأنهم قد انتقلوا عن الحى ، ولم يبق لهم مسكن يرجى عودتهم اليه فكان لها الانتقال معهم لأنها تستوحش بمفارقتهم .

فرع اذا طلق الملاح زوجته وهى معه فى السفينة فان كان لها مسكن تأوى اليه فى البر وقت الاقامة ، وانما تكون السفينة وقت السفر قال الشيخ أبو حامد : فهى مسافرة مع الزوج فتكون بالخيار ان شاءت رجعت الى مسكنها فى البر واعتدت فيه ، وان شاءت سافرت ، فاذا بلغت الى الموضع الذى قصدته أقامت مقام المسافر ، ثم رجعت الى مسكنها فى البر وأكملت عدتها فيه ، وان لم يكن لها مسكن الا فى السفينة فان كان فى السفينة بيوت وحواجز يمكنها أن تسكن فى بيت منها بحيث لا يخلو بها أحد ولا يقع عليها بصر الزوج فعليها أن تسكن فيها الى أن تنقضى عدتها لأنها كالبيوت فى الخان ، وان لم يكن فيها بيوت نظرت فان كان معها محرم لها ويمكنه القيام بأمر السفينة فعلى الزوج أن يخرج من السفينة حتى تقضى عدتها فى السفينة كما لو طلقها فى دار ليس فيها الا بيت واحد ، وان لم يكن معها محرم لها أو كان معها محرم لها ولكن لا يمكنه القيام بأمر السفينه فعلى الزوج أن يكترى لها موضعاً بالقرب من ذلك الموضع تعتد فيه لأن هذا موضع ضرورة .

قال الشافعى : ويكترى عليه اذا غاب . وجملة ذلك أن الزوج اذا طلق امرأته وهى فى غير مسكن له بملك أو اجارة أو اعارة فعليه ان يكترى لها مسكناً تسكنه ان كان حاضراً وتعتد فيه . وان كان غائباً فعلى الحاكم أن يكترى لها مسكناً ، وان لم يجد لها مالا اقترض عليه الحاكم واكترى لها مسكناً لأن الحاكم يقضى على الغائب ما لزمه ، من الحق وهذا حق لازم عليه وان أذن لها الحاكم أن تقترض عليه وتكترى به أو أذن لها أن تكترى بشىء

من مالها قرضاً عليه صح ذلك وكان ذلك ديناً على الزوج ترجع به عليه الا أن الحاكم اذ اكترى لها بنفسه اكترى لها حيث شاء . وان اكترت لنفسها باذن الحاكم اكترت بحيث شاءت ، وان اكترت لنفسها مسكناً من غير اذن الحاكم فان كانت تقدر على اذن الحاكم لم ترجع بذلك على الزوج لأنها تطوعت بذلك ، وان لم تقدر على اذن الحاكم فهل يرجع فيه ؟ فيه وجهان كالوجهين فى الجمال اذا هرب .

فـــرع قال الشافعى ولا يعلم أحد بالمدينة فيما مضى اكترى منزلا وانما كانوا يتطوعون بانزال منازلهم واختلف أصحابنا فى تأويل هذا الكلام فمنهم من قال عطف الشافعى بهذا على التى قبلها وهو اذا طلقها وهى فى غير مسكن له وكان غائباً فقد ذكرنا أن الحاكم يكترى لها منزلا تعتد فيه وهذا اذا لم يجد الحاكم من يتطوع بعارية منزل يعتد فيه . فأما اذا وجد من يتطوع بعارية منزل لم يكن لها كما قلنا فى الامام لا يبذل على الأذان عرضاً اذا وجد من يتطوع به فعلى هذا ان بذل لها باذل منزلا تسكنه لم يلزمها القبول لأن عليها منة فى ذلك . ولكنه يقبل ذلك الزوج أو يقبله الحاكم له ان كان غائباً الا ان كانت فى منزل مستعار للزوج فأقرها المعير فيه فعليها أن تعتد فيه لأن المنة فيه على الزوج لا عليها ، ومنهم من قال انما قال ذلك جواباً عن سؤال يتوجه على كلامه قال ويكترى الحاكم عليه فان قيل فان النبى صلى الله عليه وسلم لم يكتر لفاطمة بنت قيس منزلا ، وانما أنزلها عند ابن أم مكتوم فأجاب عن ذلك بأن أهل المدينة لا يكرون منازلهم ، ومنهم من قال هذا رد على مالك وأبى حنيفة قالا لا نكترى دور مكة واحتج بأن أهل مكة ما كانوا يكرون منازلهم وانما يعيرونها ولو كان الكراء جائزاً لأكروها فأراد الشافعى كسر كلامهم بأن أهل المدينة لا يكرون منازلهم وانما يعيرونها ومع هذا فقد أجمعنا على جواز اكراء دور المدينة فكذلك دور مكة والأول أصح .

فـــرع فان طلق الرجل امرأته وهى فى غير مسكن له فان طالبته بأن تكترى لها عقيب الطلاق فلها ذلك وان اكترت لنفسها وسكنت بعض مدة العدة طالبته بالكرى لما مضى فقد نص الشافعى على أن السكنى تسقط بمضى

الزمان وقال فى المرأة اذا سلمت نفسها الى الزوج ولم تطالب بالنفقة حتى مضت مدة ثم طالبته فلها المطالبة فيما مضى وللمستقبل واختلف اصحابنا فيهما على طريقين فمنهم من نقل جواب كل واحدة منهما الى الأخرى وجعلهما على قولين وقال أكثر أصحابنا بل هما على ظاهرهما فتكون لهما المطالبة بنفقة ما مضى وليس لها المطالبة بسكنى ما مضى والفرق بينهما أن النفقة فى مقابلة الاستمتاع ، فاذا سلمت نفسها فقد حصل للزوج التمكين من الاستمتاع فوجب عليه فى مقابلته والسكنى فى العدة تستحقه لحفظ ماء الزوج فى بيت الزوج ، فاذا سكنت بنفسها فلم يحصل له حفظ مائة فى بيته فلم يستحق ما فى مقابلته ولأن النفقة تجب على سبيل المعاوضة فلم تسقط بمضى الزمان والسكنى فى العدة لحق الله لا على سبيل المعاوضة فسقطت بمضى الزمان . وأما نفقة المطلقة المبتوتة الحامل فقد نص الشافعى أنها لا تسقط بمضى الزمان واختلف أصحابنا فيها فقال أكثرهم لا تسقط قولا واحداً لأنها اما أن تجب لحملها أو لها لحرمة الحمل وليس فى مقابلة حق عليها فجرت مجرى الدين فلم يسقط بمضى الزمان ومنهم من قال اذا قلنا انها تجب للحامل كانت كنفقة الزوجة ، وان قلنا : انها تجب للحمل ففيه وجهان :

(أحدهما) يسقط بمضى الزمان كنفقة القرابة .

(والثانى) لا يسقط لأن حق الحامل متعلق بها لأنها مصرفها ، فلم تجر مجرى نفقة الأقارب .

فـــرع ولا يجوز للمعتدة أن تخرج من مسكنها الذى وجبت العدة عليها فيه من غير عذر لقوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » . ولحديث فريعة بنت مالك أنها قالت فأرجع الى أهلى وأعتد عندهم فقال صلى الله عليه وسلم اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك حتى يبلغ الكتاب أجله أربعة أشهر وعشراً » وان وجب عليها حق فان أمكن استيفاء ذلك منها من غير أن تخرج مثل ان كان عليها دين أو فى يدها غصب أو عارية أو وديعة تعترف بذلك لأنه لا حاجة بها الى الخروج ، وان كان حقا لا يمكن استيفاؤه الا باخراجها كحد القذف

أو القصاص أو القطع في السرقة أو اليمين في الدعوى فان كانت المرأة برزة وهي التي تخرج في حوائجها وعلقى الرجال فان الحاكم يستدعيها ويستوفى منها الحق ؛ وان كانت غير برزة وهي التي لا تخرج في حوائجها فان الحاكم يبعث اليها من يستوفي منها الحق في بيتها لما روى أن العامرية لما أتت النبي صلى الله عليه وسلم واعترفت عنده بالزنا مراراً قال لها امضي حتى تضعي ثم عودي فعادت اليه فأمر برجمها • وروى أن رجلا قال « يا رسول الله ان ابني كان عسيفاً عند هذا وانه زنى بامرأته فقال صلى الله عليه وسلم على ابنك جلد مائة وتغريب عام واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها فغدا عليها فاعترفت فرجمها وانما استدعى النبي صلى الله عليه وسلم العامرية لأنها كانت برزة ولم يستدع الأخرى لأنها كانت غير برزة وان بذت المرأة على أهل زوجها أخرجت عنهم لقوله تعالى : « لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة » • قال ابن عباس الفاحشة المبينة أن تبذو على أهل بيت زوجها وقال ابن مسعود الفاحشة ها هنا الزنا دليلنا ما روى عن عائشة وابن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم نقل فاطمة بنت قيس لأنها استطالت على أحمائها وان بذا عليها أهل زوجها نقلوا عنها لأن الضرر جاء من قبلهم وان كان المسكن لها وسكن معها أهل زوجها واستطالت عليهم بلسانها فليس عليها أن تنتقل عنهم لأن الملك والسكنى لها لا حق للزوج فيه ، وان سكنت في مسكن للزوج باجارة فانقضت مدة الاجارة قبل انقضاء عدتها وامتنع أهله أن يؤاجروه أو طلبوا اكثر من أجرة المثل فلا يجب على الزوج أن يستأجره بأكثر من أجرة المثل أو امتنع المعير من اعارته ومن اجارته بأجرة المثل جاز نقلها منه لأن هذا موضع ضرورة وكذلك اذا انهدم المسكن الذى طلقت فيه أو خيف انهدام أو خافت فيه من اللصوص أو الحريق أو غير ذلك جاز نقلها منه لأنه اذا جاز نقلها لأجل البذاء على أحمائها فلأن يجوز نقلها لهذه الأعذار اولى ؛ ولا يجوز نقلها في هذه المواضع اليها اذا قدر عليها الزوج كما قلنا في الزكاة اذا لم يوجد الأصناف في البلد فانها تنتقل الى تلك الأصناف بأقرب البلاد الى الموضع الذى وجبت تفرقتها فيه ولا فرق في ذلك بين المطلقة والمتوفى عنها زوجها • ويجوز اخراجها للضرورة ليلا ونهاراً وان أرادت الخروج كشراء القطن وبيع الغزل وغير ذلك مما يقوم غيرها مقامها فيه فان

أرادت الخروج ليلا لم يجز سواء كانت متوفى عنها زوجها أو مطلقة مبتوتة لما روى عن مجاهد أنه قال : استشهد رجال يوم أحد فقام أزواجهم وكن متجاورات فأتين النبى صلى الله عليه وسلم وقلن يا رسول الله نستوحش فى بيوتنا بالليل أفنبيت عند احدانا فاذا أصبحنا تفرقنا الى بيوتنا فقال النبى صلى الله عليه وسلم اجتمعن وتحدثن عند احداكن ما بدا لكن فاذا أردتن النوم فلتثوى كل امرأة منكن الى بيتها •

اذا ثبت هذا فى المتوفى عنها زوجها فالمبتوتة مثلها ، وان أرادت الخروج لذلك نهاراً ، فان كانت متوفى عنها زوجها جاز لحديث مجاهد ؛ وان كانت فى عدة الطلاق فان كان الطلاق رجعياً فانها فى حكم الزوجات فان أذن لها الزوج بالخروج جاز لها الخروج ؛ وان لم يأذن لها لم يجز لها الخروج . وان كان الطلاق بائناً ففيه قولان :

وقال فى الجديد يستحب لها أن لا تخرج لذلك فان خرجت له جاز وهو بفاحشة مبينة » •

وقال فى الجديد يستحت لها أن لا تخرج لذلك فان خرجت له جاز وهو الأصح لما روى عن جابر قال طلقت خالتى ثلاثاً فخرجت تجد نخلا لها فزجرها بعض الناس فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم : اخرجى فجدى نخلك فلعلك أن تصدقى أو تفعلى خيراً » وجداد النخل انما يكون بالنهار ونخيل المدينة حولها ولأن عدة المتوفى عنها أغلظ ، فاذا جاز لها الخروج لذلك نهاراً فالبائن بذلك أولى وبالله التوفيق •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الاحـــــداد

الاحداد ترك الزينة وما يدعو الى المباشرة ، ويجب ذلك فى عدة الوفاة ، لما روت أم سلمة رضي الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشــق ولا الحلى ، ولا تختضب ولا تكتحل ، ولا يجب ذلك على المعتدة الرجعية ، لأنها باقية على الزوجية ، ولا يجب على أم الولد اذا توفى عنها مولاها ، ولا على الموطوءة بشبهة ، لما روت ام حبيبة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «لا يحل لامراة تؤمن بالله واليــوم الاخر ان تحد على ميت فوق ثلاث ، الا على زوج اربعة اشهر وعشراً» .

واختلف قوله فى المعتدة المبتوتة فقال فى القديم : يجب عليها الاحــداد ، لانها معتدة بائن فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها .

وقال فى الجديد : لا يجب عليها الاحداد لانها معتدة من طلاق فلم يلزمهــا الاحداد كالرجعية .

فصـــل ومن لزمها الاحداد حرم عليها ان تكتحل بالاثمد والصبر . وقال أبو الحســن الماسرجسى : أن كانت ســـوداء لم يحـــرم عليهـــا ، والمذهب انه يحـــرم لما ذكرناه من حديث ام سلمة ولأنه يحسن الوجه . ويجوز ان تكتحل بالأبيض كالتوتيا لانه لا يحسن بل يزيد العين مرها ، فان احتاجت الى الاكتحال بالصبر والاثمد اكتحلت بالليل وغسلته بالنهار ، لما روت أم سلمة قالت «دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى ابو ســـلمة وقـــد جعلت على عينى صبرا فقال ما هذا يا أم سلمة ؟ قلت انما هو صبر ليس فيـــه طيب ، فقال انه يشب الوجه لا تجعليه الا بالليل وتنزعيه بالنهار» .

فصـــــل ويحرم عليها ان تختضب لحديث ام سلمة ، ولأنه يدعـــو الى المباشرة ويحرم عليها ان تحمر وجهها بالدمام وهو الكلكون ، وان تبيضـــه باسفيذاج العرائس ، لأن ذلك ابلغ فى الزينة من الخضاب ، فهو بالتحـــريم أولى ، ويحرم عليها ترجيل الشعر لأنه يحسنها ويدعو الى مباشرتها .

الشرح .. حديث أم سلمة رضي الله عنهـــا الأول أخـــرجه أحمـــد وأبو داود والنسائى . قال البيهقى روى موقوفا ، والمرفوع من رواية ابراهيم ابن طهمان وهو ثقة من رجال الصحيحين ؛ وقـــد ضـــعفه ابن حـــزم . قال الشوكانى : ولا يلتفت الى ذلك فان الدارقطنى قد جزم بأن تضعيف من ضعفه انما هو من قبل الارجاء ؛ وقد قيل أنه رجع عن ذلك .

أما حديث أم حبيبة فقد أخرجه الشيخان عن حميد بن نافع عن زينب بنت

أم سلمة أنها أخبرته بهذه الأحاديث الثلاثة قالت : دخلت على أم حبيبة حين توفى أبوها ابو سفيان فدعت أم حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره ، فدهنت منه جارية ثم مست بعارضيها ثم قالت والله مالى بالطيب من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر « لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا ، قالت زينب ثم دخلت على زينب بنت جحش حين توفى أخوها فدعت بطيب فمست منه ثم قالت والله مالى بالطيب من حاجة ، غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الاخر تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشراً » قالت زينب وسمعت أمى أم سلمة تقول جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا . مرتين او ثلاثا . كل ذلك يقول لا . ثم قال انما هى أربعة أشهر وعشر وقد كانت احداكن فى الجاهلية ترمى بالبعرة على رأس الحول . قال حميد فقلت لزينب وما ترمى بالبعرة على رأس الحول فقالت زينب كانت المراة اذا توفى عنها زوجها دخلت حفشا ولبست شر ثيابها ولم تمس طيباً ولا شيئاً حتى تمر بها سنة ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طير فتفتض به ، فقلما تفتض بشىء الا مات ، ثم تخرج فتعطى بعرة فترمى بها ثم تراجع ما شاءت من طيب أو غيره » .

أما حديث أم سلمة الثانى فقد أخرجه أبو داود والنسائى بلفظ « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على صبراً فقال ما هذا يا أم سلمة ؟ فقلت انما هو صبر يا رسول الله ليس فيه طيب . قال : انه يشب الوجه فلا تجعليه الا بالليل وتنزعيه بالنهار ولا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فانه خضاب . قالت قلت بأى شىء أمتشط يا رسول الله ؟ قال بالسدر تغلفين به رأسك » وقد أخرجه الشافعى أيضا وفى اسناده المغيرة بن الضحاك عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولى لها عن أم سلمة ، وقد اعله عبد الحق والمنذرى بجهالة حال المغيرة ومن فوقه .

قال الحافظ ابن حجر : وأعل بما فى الصحيحين عن زينب بنت أم سلمة الذى سقناه فى تخريج حديث أم حبيبة قبل هذا ، ولكن الحافظ ابن حجر حسن اسناده فى بلوغ المرام .

اما اللغات فان أصل الحد المنع ومنه قيل للسجان حداد ، والحد والحدود هى محارم الله وعقوباته التي قرنها بالذنوب ، وأصل الحد المنع والفصل بين الشيئين ، فكأن حدود الشرع فصلت بين الحلال والحرام ، فمنها ما لا يقترب منه كالفواحش المحرمة « تلك حدود الله فلا تقربوها » ومنها ما لا يتعدى كالمواريث المعينة وتزويج الأربع « تلك حدود الله فلا تعتدوها » ومنه الحديث « انى أصبت حداً فأقمه على » أى أصبت ذنباً أوجب على حداً أى عقوبة ، ومنه حديث أبى العالية « ان اللحم ما بين الحدين ، حد الدنيا وحد الآخرة » .

قال فى النهاية وفيه « لا يحل لامرأة أن تحد على ميت أكثر من ثلاث » أحدت المرأة على زوجها تحد فهى محد . وحدت تحد وتحد فهى حاد اذا حزنت عليه ولبست ثياب الحزن وتركت الزينة .

وقال ابن بطال : وأحدت المرأة وحدت اذا امتنعت من الزينة والخضاب يقال حدت تحد حداداً فهى حاد .

قوله « ولا الممشق » هو المصبوغ بالمشق وهو المغرة الطين الأحمر ، والتوتيا دواء يجعل فى العين .

وقوله « يزيد مرها » يقال مرهت العين مرهاً اذا فسدت لترك الكحل وهى عين وامرأة مرهاء ، والرجل أمره . قال رؤبة بن العجاج .

لله در الغانيات المره سبحن واسترجعن من تألهى

قوله « يشب الوجه » أى يحسنه ويظهر لونه ، من شب النار اذا ألهبها وأوقدها ويقال شعرها يشب لونها ، أى يظهره ويحسنه ، ويقال انه لمشبوب . قال ذو الرمة :

اذا الأروع المشبوب أضحى كأنه على الرحل مما مسه السير أحمق

قوله بالدمام وهو « الكلكون » وروى بضم الكاف وسكون اللام . قال الجوهرى الدمام بالكسر دواء يطلى به جهة الصبى وظاهر عينيه ، وكل شيء

طلى به فهو دمام ؛ وقد دممت الشيء أدمه بالضم ، أى طليته بأى صبغ كان ، والمدموم الأحمر . قال الشاعر :

تجلو بقادمتى حمامة أيكه ... برداً تعل لثـانه بدمام

والكلكون فارسي ، والاسفيذاج صبغ أبيض ، وهو المسمى بلغة العامة اسبيذاج ومثله المساحيق البيضاء والحمراء التى يستعملها النساء فى عصرنا هذا .

أما حكم المسالة فان الاحداد هو ترك الزينة والطيب ، يقال أحدت المـرأة تحد احداداً وحدت تحد حداداً والاحداد صفة للمعتدة وهو أمر قديم وأقر عليه الاسلام والمعتدات ثلاث ، معتدة يجب عليها الاحداد قولا واحداً ومعتدة لا يجب عليها الاحداد قولا واحداً ومعتدة اختلف فيهـا قول الشـافعى فأما المعتدة التى يجب عليها الاحداد قولا واحداً فهى المتوفى عنها زوجها وهو قول العلماء كافة الا الحسن البصرى فانه قال : لا يجب عليها الاحداد ، دليلنا ما روى عـن زينب بنت أبى سـلمة أنهـا قالت دخلت على أم حبيبـة بنت أبى سفيان بن حرب حين توفى أبوها أبو سفيان فاستدعت بطيب فيه خلوق فأخذت منه ودلكته بعارضيها ، وقالت : ما بى الى الطيب من حاجة غير انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر ان تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج اربعة أشهر وعشراً » ؛ قالت زينب بنت جحش : حين توفى أخوها عبد الله بن جحش فدعت بطيب فمست منه وقالت : ما لى الى الطيب غير أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول على المنبر : لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشـهر وعشراً ، قالت زينب بنت أبى سـلمة وسمعت أم سلمة تقول : جاءت امرأة الى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت : يا رسول الله ان ابنتى توفى زوجها وقد أشتكت عينها أفتكحلها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا ، مرتين أو ثلاثاً كل ذلك يقول انما هى أربعة أشـهر وعشراً ، وقد كانت احداكن ترمى بالبعرة فى رأس الحـــول فقلت لزينب **ما ترمى بالبعرة ؟ فقالت : كانت المرأة اذا توفى زوجها دخلت حبسها ولبست**

شر ثيابها ومكثت حولا ثم تخرج في رأس الحول فتؤتى بروثة حمار أو شاة فتقتض به فقل ما قبضت به الا مات ثم ترمى بالبعرة والقبض بأطراف الأصابع والقبض باللف ، وأما رمى البعرة فلها تأويلات •

(أحدها) أنها تقول قد مكثت في دمام الزوج حولها والآن قد خرجت من دمامه وحرمته كما خرجت هذه البعرة من يدى •

(والثانى) أن ما كنت فيه من الغم والشقاء وترك الزينة أهون على فى حقه من رمى هذه البعرة •

(والثالث) أنى خرجت من الأذى كما خرجت هذه البعرة من يدى وقد روى أنهن كن يقلن ذلك ، وأما المعتدة التى لا حداد عليها قولا واحداً فهى المطلقة الرجعية لأنها فى معانى الزوجات ، والزوجة لا احداد عليها وكذلك اذا نكح الرجل امرأة نكاحاً فاسداً ووطئها ثم فرق بينهما أو مات أو وطىء امرأة بشبهة فانه يجب عليها عدة الطلاق ولا يجب عليها الاحداد وكذلك أم الولد اذا مات عنها سيدها فانه لا يجب عليها الاحداد لقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج أربعة أشهر وعشرا وهذا ليس بزوج ولأن الاحداد انما يجب على المعتدة التى فارقها زوجها بغير اختياره فيجب عليها أن تظهر الحزن عليه والتمسك بذمامه وهذا المعنى لا يوجد فى المنكوحة نكاحاً فاسداً ولا فى الموطوءة بشبهة ، وأما المعتدة التى اختلف فيها قول الشافعى فهى المطلقة البائن وفيها قولان ، قال فى القديم : يجب عليها الاحداد وبه قال ابن المسيب وأبو حنيفة واحدى الروايتين عن أحمد لأنها معتدة بائن عن نكاح صحيح فلزمها الاحداد كالمتوفى عنها زوجها ؛ وقال فى الجديد : لا يجب عليها الاحداد وبه قال عطاء وربيعة ومالك والرواية الأخرى عن أحمد لأنها معتدة عن طلاق فلم يجب عليها الاحداد كالرجعية أو يقول انها معتدة تتنوع عدتها ثلاثة أنواع فلم يلزمها الاحداد كالرجعية وفيه احتراز من المتوفى عنها زوجها فان عدتها تتنوع نوعين لا غير وأما التى تفسخ نكاحها باللعان أو العنة أو العيوب و الخلع فهل يجب عليها الاحداد ؟ فيه طريقان فأكثر أصحابنا قالوا : فيها قولان كالمطلقة

البائن ومنهم من قال : لا يجب الاحداد قولا واحداً كالموطوءة بشبهة قال الشيخ أبو حامد : فاذا قلنا بقوله الجديد لا يجب على البائن فانه يستحب بها الاحداد ، قال الصيمرى : هل يستحب الاحداد للرجعة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يستحب لأنها لا تفحش نفسها فربما لا يرغب زوجها في رجعتها •

(والثانى) يستحب لها الاحداد كالبائن •

مسألة ويجب الاحداد على الأمة وهو اجماع لا خلاف فيه الا بشىء يحكى عن أبى حنيفة ولا يصح عنه والدليل على أن الاحداد يجب عليها لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا امرأة على زوجها أربعة أشهر وعشراً » وهذا عام للحرة والأمة ولأنها معتدة عن وفاة الزوج فلزمها الاحداد كالحرة ويجب الاحداد عن موت كل زوج حراً كان أو عبداً صغيراً كان أو كبيراً لعموم الأخبار •

فرع واذا مات زوج الصغيرة لزمها العدة والاحداد وعلى الولى أن يجنبها ما تجتنبه المعتدة الحرة ، وقال أبو حنيفة عليها العدة ولا يجب عليها الاحداد دليلنا ما روت أم سلمة أن امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ان ابنتى توفى وزجها • وقد اشتكت عينها أفتكحلها فقال : لا مرتين أو ثلاثاً انما هى أربعة أشهر وعشر » ولم يسأل النبى صلى الله عليه وسلم هل هى صغيرة أو كبيرة ولو كان الحكم يختلف بذلك اسأل عنها بل الظاهر أنها كانت صغيرة لأنها قالت أفتكحلها والبالغة لا تكحل وانما تكحل نفسها ولأنها معتدة عن وفاة فوجب منها الاحداد كالبالغة فان قيل الاحداد عبادة بدنية فكيف يجب على الصغيرة قلنا الخطاب يتوجه على الولى كما اذا أحرم الولى بالصغيرة فان الطيب يحرم على الصغيرة •

فرع وأما الذمية فان كان زوجها مسلماً فمات عنها وجب عليها العدة والاحداد وبه قال مالك وقال أبو حنيفة : يجب عليها العدة ولا يجب عليها الاحداد لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم

الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوج » فشرط فى الاحداد ايمان المرأة فدل على أنه لا يجب على من تؤمن بالله واليوم الآخر ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلي ولا تخضب ولا تكتحل وهذا عام فى المسلمة والكافرة ولأنها معتدة عن وفاة فلزمها الاحداد كالمسلمة » .

وأما الخبر فدليل خطابه يدل على أنه لا احداد على الكافرة وهم لا يقولون بدليل الخطاب ولأن فى الخبر تنبيها على أن الاحداد يجب على الذمية لأن الاحداد انما وجب على المعتدة تغليظاً عليها فاذا وجب التغليظ على المؤمنة فلأن يجب على الكافرة أولى ومتى اجتمع دليل وبينة قدمت البينة لأنها أقوى وقال أبو حنيفة : لا يجب عليها العدة ولا الاحداد ودليلنا أنها بائن عن وفاة زوجها فلزمها العدة والاحداد كالمسلمة .

فــــرع قال الشافعى رحمه الله : وانما الاحداد فى البدن وجملة ذلك أن الاحداد وهو الامتناع من كل ما اذا فعلته المرأة امتدت الأعين اليها واشتهتها الأنفس فمن ذلك الكحل فان كان الكحل أسـود وهو الأثمد فلا يجور أن تستعمله فى عينها لما روت أم سلمة فى المـرأة التى أتت الى النبى صلى الله عليه وسلم وقالت « ان ابنتى توفى زوجها وقد اشتكت عينهـا أفتكحلها فقال : لا . وروت أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسـلم قال فى المتوفى زوجها « لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشـق ولا الحـلى ولا تختصب » وقال الماسرجسى : اذا كانت المرأة سوداء لم يحرم عليها الاكتحال بالأثمد ، قال المسعودى : لا يحرم على نساء العرب الاكتحال بالأثمـد لأن أعينهن سود فلا يظهر لونه وانما يحرم ذلك على نساء العجم لأنه يحصل به التزين ، والأول أصح لأنه يحصل به التزين فى الجميع ويجوز أن تسـتعمل الأثمد فى سائر بدنها الا فى الحاجب فانه لا يحصل به الزينة فى غير الحاجب ويحصل به الزينة فى الحاجب ويجوز لها أن تكتحل بالكحل الأبيض كالتوتيا ويسمى الكحل الفارسى لأنه يزيد العين مرها وفتحا ولا يحصل به زينة ويحرم عليها أن تطلى على عينها الصتر لما روت أم سلمة : « قالت دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على أبى سلمة حين توفى وقد جعلت على عينى صـبراً

فقال : ما هذا يا أم سلمة ؟ فقالت : يا رسول الله انما هو صبر ليس فيه طيب فقال انه يشب الوجه لا تجعليه الا بالليل وانزعيه بالنهار » ولأنه يصفر فيحصل به زينة وجمال فان احتاجت الى الاكتحال بالصبر أو الأثمد اكتحلت به بالليل وكذلك الدمام وهو شيء تصفر به المرأة عينها كالصفر والزعفران يقال دمت المرأة اذ اصفرت عينها فلا يجوز لها ذلك لأنه يحصل به زينة وجمال •

فـــرع ويحرم على المرأة أن تختضب بالحنا والورس والزعفران فى شيء من بدنها لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا تختضب » ولأن فى ذلك زينة وجمالا • ويحرم عليها أن تبيض وجهها بالخضاب الذى يبيض به وجـــوه العرائس لأن الزينة تحصل به ان تنقش وجهها وبدنها لأن فى ذلك زينـــة قال ابن الصباغ : ويحرم عليها أن تحف حاجبها لأنه زينة ويحرم عليها ترجيل الشعر لأنه يحسنها ويدعو الى مباشرتها •

فـــرع ويحرم عليها أن تستعمل الطيب فى بدنها أو ثيابها لما روت أم عطية أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام الا على زوج فانها تحد أربعة أشهر وعشراً لا تكتحل ولا تلبس ثوباً مصـــبوغاً الا ثوب عصب ولا تمس طيباً الا عند طهرها من محيضها « نبذة من قسط أو أظفار » ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو الى مباشرتها وأما الغاليـــة فقال الشيخ أبو حامد : ان كان لها ريح لم يجز استعمالها فى شيء من بدنهـــا لأنه طيب وان لم يبق لها ريح جاز لها استعمالها فى جميع بدنها لأنه لا يحصل به زينة • وقال ابن الصباغ : لا يجوز لها استعمالها وان لم يبق لها ريح لأنها تسود فهى كالخطاب ولا يجوز لها أن تأكل شيئاً فيه طيب ظاهر لأنه يحرم عليها استعمال الطيب فحرم عليها أكله كالمحرم وأما الأدهان فان كانت مطيبة كدهن الورد والبنفسج والياسمين وما أشبهها حرم عليها استعمالها فى جميع بدنها لما فيه من الطيب وان كانت غير مطيبة كالشيرج والزيت والزبد والسمن فيجوز لها استعماله فى غير الرأس لأنه لا يحصل به تزين ولا يجوز لها استعماله فى الرأس لأنه يرجل الشعر ويزينه وان كان للمرأة لحية حـــرم عليها اســـتعمال الدهن فيها لأن اللحية وان كانت تقبح المرأة الا أن أقبحها اذا لم تدهن ويجوز

لها أن تغسل شعرها وبدنها بالسدر والخطمى لما روت أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لها امتشطي قلت : بأى شىء أمتشط ؟ قال بالسدر » ولأن ذلك ينظف من غير زينة ويجوز لها أن تقلم الأظفار وتحلق العانة لأن ذلك يراد للتنظيف لا للزينة ، ولا يحرم عليها كنس البيت وتزيينه بالفرش لأن ذلك لا يدعو الى مباشرتها ، قال الصيمرى : ولها أن تشم النينوفر والبنفسج لا يختلف فيه وفى الريحان الفارسى قولان كالمحرمة ، ولها أن تجلس والطيب يقلب بقربها .

فــرع ولا يجوز لها لبس الحلى من الذهب والفضة واللؤلؤ وحكى ابن المنذر عن عطاء أنه قال يحرم عليها حلى الذهب دون الفضة وهذا ليس بصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم « ولا الحلى » ولم يفرق ولأن الزينة تحصل بالفضة فحرم عليها لبسه كالذهب قال الصيمرى : ويحرم عليها لبس الدمالج والخواتم من العاج والذبل وتمنع من حلق الصفر فى أصابعها وأما الخيوط والسيور وما قبح من الخرز فلا بأس به ما لم يكن مستعملا للتحلى به .

فــرع وفى الثياب زينتان (احداهما) أن يحصل بلبسهما من الزينة ما يستر العورة من غير زينة أدخلت على الثوب فيجوز للمرأة المحدة لبس جميع الثياب التى لم تدخل عليها زينة وان كانت الزينة فيها من أصل الخلقة كالدبيقى والمروى وغير ذلك مما يتخذ من الحرير والخز والقز لأن زينتها من أصل خلقتها فلا يلزمها تغييرها كما اذا كانت المرأة حسنة الوجه فلا يلزمها تغيير وجهها بالسواد وغيره ، وأما الثياب المصبوغة فينظر فيها فان صبغت للزينة كالأحمر والأصفر والأزرق الصافى والأخضر الصافى فيحرم عليها لبسه .

وقال أبو اسحاق : ما صبغ غزله ثم نسج يجوز لها لبسه لقوله صلى الله عليه وسلم « الا ثوب عصب » والعصب ما صبغ غزله ثم نسج والمذهب الأول لأن الشافعى نص على أنه يحرم عليها لبس الموشى وعصب اليمن والخز وهذه صبغ غزلها ثم نسجت ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « لا يلبس المتوفى

عنها زوجها المعصفر ولا المشق » ولم يفرق ولأن الثياب المرتفعة هى التى صبغ غزلها ثم نسجت والتى دونها هى التى نسجت ثم صبغت والخبر يحمل على المصبوغ بالسواد والمشق ما صبغ بالمغرة وأما ما صبغ بالوسخ كالأسود والأزرق والمشبع والأخضر المشبع فلا يحرم عليها لبسه لأنه لا يصبغ للزينة وانما صبغ لنفى الوسخ أو ليدل على الحزن وأما الثياب التى عليها طرز ، قال الشيخ أبو اسحق فان كانت الطرز كباراً حرم عليها لبسها لأنها زينة ظاهرة أدخلت عليها ، وان كانت صغاراً ففيه وجهان :

(أحدهما) يحرم عليها كقليل الحلى وكثيره •

(والثانى) لا يحرم عليها لبسها لخفائها ، قال الصيمرى : ولا تلبس البرود المنقوشة ولا القرقوى من المقانع والوقايات لما فيه من النقش •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويحرم عليها ان تطيب لما روت ام عطية ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا تحد المراة فوق ثلاثة ايام الا على زوج فانها تحد اربعة اشهر وعشراً لا تكتحل ولا تلبس ثوباً مصبوجاً آلا ثوب عصب ولا تمس طيباً الا عند طهرها من محيضها نبذة من قسط أو ارظفا » ولان الطيب يحرك الشهوة ويدعو الى المباشرة ، ولا تاكل شيئاً فيه طيب ظاهر ولا تستعمل الادهان المطيبة كالبان ودهن الورد ودهن البنفسج لانه طيب ولا تستعمل الزيت والشيرج فى الراس لانه يرجل الشعر ، ويجوز لها ان تغسل راسها بالسدرة لما روت ام سلمة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لها : « امتشطى ، فقلت باى شىء امتشط يا رسول الله ؟ قال بالسدر تغلفين به راسك » ولان ذلك تنظيف لا تزيين فلم يمنع منه ، ويجوز ان تقلم الاظفار وتحلق العانة لانه يراد للتنظيف لا للزينة •

فصل ويحرم عليها لبس الحلى ، لحديث ام سلمة ، ولانه يزيد فى حسنها ولهذا قال الشاعر :

وما الحلى الا زينة لنقيصة ... يتمم من حسن اذا الحسن قصرا

فاما اذا كان الجمال موفراً ... كحسنك لم يحتج الى ان يزورا

فصـــــل ويحرم عليها لبس ما صبغ من الثياب للزينة كالاحمـــــر والاصفر والازرق الصافى ،والاخضر الصافى لحديث ام عطية ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً الا ثوب عصب ، واما ما صبغ غزله ثم نسج فقد قال ابو اسحـــاق : انه لا يحرم لحديث ام عطية ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً الا ثوب عصب ، والعصب ما صبغ غزله ثم نسج ، والمذهب انه يحرم لأن الشافعى رحمـه الله نص على تحريم الوشى والديباج ، وهذا كله صبغ غزله ثم نسج ، ولأن ما صبغ غزله ثم نسج ارفع واحسن مما صبغ بعد النسج .

واما ما صبغ لغير الزينة كالثوب المصبوغ بالسواد للمصيبة وما صـــبغ للوسخ كالازرق المشبع والاخضر المشبع فانه لا يحرم ، لانه لا زينة فيه ، ولا يحرم ما عمل من غزله من غير صبغ ، كالمعمول من القطن والكتان والابريســم والصوف والوبر ، لانها وان كانت حسنة الا ان حسنها من اصل الخلقة لا لزينة ادخلت عليها ، وان عمل البياض طرز ، فان كانت كباراً حرم عليها لبسه لانه زينة ظاهرة ادخلت عليه ، وان كانت صغاراً ففيه وجهان :

(احدهما) يحرم كما يحرم قليل الحلى وكثيره .

(والثانى) لا يحرم لقلتها وخفائها .

الشرح حديث أم عطية الأسدية رضى الله عنها أخرجه الشـيخان قالت « كنا ننهى أن نحد على ميت فـوق ثلاث الا على زوج أربعة أشـــهر وعشراً ، ولا نكتحل ولا نتطيب ولا نلبس ثوباً مصبوغاً الا ثوب عصب ، وقد رخص لنا عند الطهر اذا اغتسلت احدانا من محيضها فى نبـذة مـن كست أو أظفار » وفى رواية عند أحمد والشيخين أيضاً قال النبى صلى الله عليـه وسلم : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر تحد فوق ثلاث الا على زوج فانها لا تكتحل ولا تلبس ثوباً مصـبوغاً الا ثوب عصب ، ولا تمس طيبـاً الا اذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار » وقال فيه أحمد ومسلم « لا تحـــد على ميت فوق ثلاث الا المرأة فانها تحد أربعة أشهر وعشراً » .

اما اللغات فقوله « الا ثوب عصب » هو بالاضافة برود اليمن يعصب غزلها أى يربط ثم يصبغ ثم ينسج معصوباً فيخرج موشى لبقاء ما عصب منه أبيض لم ينصبغ وانما ينصبغ السدى دون اللحمة ، وقال السـهيلى : ان العصب نبات لا ينبت الا باليمن ، وهو غريب وأغرب منه قول الداودى ان

المراد بالثوب العصب المعصفرة لا المصبغة الا ما صبغ بسواد فرخص فيه مالك والشافعى لكونه لا يتخذ للزينة ، بل هو لباس الحزن •

وقال ابن الصباغ فى الشامل : العصب هو الغزل والعصاب هو الغزال الذى يبيع الغزل ، قوله (نبذة من قسط أو أظفار) النبذة فعلة من نبذ أى طرح ورمى كل شيء رميت به وطرحته نبذته والقسط طيب معروف يؤتى به من أرض الحبشة ويقال كسط بالكاف أيضاً مثل قوله كشت ويقال كست بالتاء أيضاً • والأظفار تؤخذ من البحر تشبه بظفر الانسان • قوله « تغلفين به رأسك » أى تطلين وتمشطين يقال تغلف بالغالية وعلف بها لحيته غلفاً قوله « الحلى » بفتح واسكان اللام اسم لكل ما يتزين به من الذهب والفضة والجواهر وجمعه حلى بضم الحاء وكسرها وقوله « النقيصة » فعيلة من النقص وهو ضد التمام والنقيضة أيضاً العيب وقصر فى الأمر اذا عوانى التقصير والتوانى وترك المبالغة قوله « موقراً » من الوفر وهو الزيادة والكثرة أى يأتى تماماً غير ناقص قوله « لم يحتج الى أن يزور ، زورت الشيء اذا حسنته وقوله « الوشى والديباج » نوع من ثياب الحرير غليظ معروف قوله « الابريسيم » ثلاثة لغات قال ابن السكيت هو الابريسم بكسر الهمزة والراء وفتح السين (الثانية) بكسر الهمزة وفتح الراء والسين جميعاً • (الثالثة) بكسر الجميع وكذا الأهليلج مثله والصوف وشعر الضأن والوبر شعر الابل أفاده ابن بطال •

اما الأحكام فان العصب الصحيح أنه بنت تصبغ به الثياب ، قال صاحب الروض الأنف : الورس والعصب نبتان باليمن لا ينبتان الا به ، فأرخص النبى صلى الله عليه وسلم للحادة فى لبس ما صبغ بالعصب ، لأنه فى منى ما صبغ لغير التحسين ، وأما صبغ غزله للتحسين كالأحمر والأصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع الزينة بصبغه كحصولها بما صبغ بعد نسخه ، ولا تمنع من حسان الثياب غير المصبوغة ، وان كان رقيقاً ، سواء كان من قطن أو كتان أو ابريسم ، لأن حسنه من أهل خلقته فلا يلزم تغييره كما أن المرأة اذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه نفسها •

فــــرع ويحرم عليها الحلى كله حتى الخاتم لحديث أم سلمة وفيه « ولا الحلى » وقال عطاء : يباح حلى الفضة دون الذهب وليس بصحيح ، لأن النهى عام ، وهذا يشمل أنواع الحلى التى تصنع فى عصرنا هذا من الزجاج والكورو والكريستال وغير ذلك من المعادن الخسيسة ، ولأن الحلى يزيد حسنها ويدعو الى مباشرتها •

فــــرع مما يحرم على المعتدة لبسه الملابس المطرزة بخيوط القطن اذا كان ملونآ ، كذلك الملابس المحزقة للزينة ، والشفافة التى تصف ما تحتها من حمالات وقمص مما تلبسه الحادة من سواد والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب اجتماع العدتين

اذا طلق الرجل امراته بعد الدخول وتزوجت فى عدتها بآخر ووطئها جاهلا بتحريمها وجب عليها اتمام عدة الاول واستئناف عدة الثانى ، ولا تدخل عدة احدهما فى عدة الآخر ، لما روى سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار « ان طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها فنكحت فى عدتها فضربها عمر رضى الله عنه ، وضرب زوجها بمخفقة ضربات ، ثم قال ايما امراة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما ، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول ، وكان خاطباً من الخطاب » وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الاول ، ثم اعتدت من الآخر ولم ينكحها ابدآ ولانهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين فان كانت حائلا انقطعت عدة الاول بوطء الثانى الى ان يفرق بينهما ، لانها صارت فراشآ للثانى فاذا فرق بينهما اتمت ما بقى من عدة الاول ثم استانفت العدة من الثانى ، لانهما عدتان من جنس واحد فقدمت السابقة منهما •

وان كانت حاملا نظرت فان كان الحمل من الاول انقطعت عدتها منه بوضعه ، ثم استانفت العدة من الثانى بالاقراء بعد الطهر من النفاس ، وان كان الحمل من الثانى انقضت عدتها منه بوضعه ثم اتمت عدة الاول ، وتقدم عدة الثانى ههنا على عدة الاول لانه لا يجوز ان يكون الحمل من الثانى وتعتد به من الاول ، وان امكن ان يكون من كل واحد منهما عرض على القافة ، فان الحقته بالاول انقضت به عدته ، وان الحقته بالثانى انقضت به عدته ، وان الحقته

بهما او نفته عنهما او لم تعلم لو لم تكن قائفة لزمها ان تعتد بعد الوضع بثلاثة اقراء ، لانه ان كان من الاول لزمها للثاني ثلاثة اقراء ، وان كان من الثاني لزمها اكمال العدة من الاول فوجب ان تعتد ثلاثة اقراء ليسقط الفرض بيقين وان لم يمكن ان يكون من واحد منهما ففيه وجهان :

(احدهما) لا تعتد به عن احدهما ، لانه غير لاحق بواحد منهما ، فعلى هذا اذا وضعت اكملت عدة الأول ثم تعتد من الثاني بثلاثة اقراء .

(والثاني) تعتد به عن احدهما لا بعينه ، لانه يمكن ان يكون من احدهما ، ولهذا لو اقر به لحقه فانقضت به العدة كالمنفي باللعان فعلى هذا يلزمها أن تعتد بثلاثة اقراء بعد الطهر من النفاس .

فصل اذا تزوج رجل امراة في عدة غيره ووطئها ففيه قولان :

قال في القديم تحرم عليه على التابيد لما رويناه عن عمر رضي الله عنه انه قال : ثم لا ينكحها ابدا .

وقال في الجديد لا تحرم عليه على التابيد ، واذا انقضت عدتها من الاول جاز له ان يتزوجها لانه وطء شبهة فلا يوجب تحريم الموطوءة على الواطيء على التابيد كالوطء في النكاح بلا ولي ، وما روي عن عمر رضي الله عنه فقد روي عن علي كرم الله وجهه انه قال : اذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب، فخطب عمر رضي الله عنه وقال : ردوا الجهالات الى السنة . فرجع الى قول علي كرم الله وجهه .

فصل اذا طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم وطئها في العدة وجبت عليها عدة بالوطء لانه وطء في نكاح قد تشعث فهو كوطء الشبهة ، فان كانت من ذوات الاقراء او من ذوات الشهور لزمها ان تستانف العدة وتدخل فيها البقية من عدة الطلاق لانهما من واحد وله ان يراجعها في البقية لانها من عدة الطلاق فاذا مضت البقية لم يجز ان يراجعها لانها في عدة وطء شبهة ، وان حملت من الوطء صارت في عدة الوطء حتى تضع ، وهل تدخل فيها بقية عدة الطلاق ؟ فيه وجهان :

(احدهما) تدخل لانهما لواحد فدخلت احداهما في الاخرى ، كما لو كانتا بالاقراء .

(والثاني) لا تدخل لانهما جنسان فلم تدخل احداهما في الأخرى ، فان قلنا يتداخلان كانت في العدتين الى ان تضع لأن الحمل لا يتبعض ، وله ان

يراجعها الى ان تضع ، لانها فى عدة الطلاق . وان قلنا لا يتداخلان فان لم تر دماً على الحمل أو رات وقلنا انه ليس بحيض فهى معتدة بالحمل عن وطء الشبهة الى ان تضع ، فاذا وضعت اتمت عدة الطلاق وله ان يراجعها فى هذه البقية لأنها فى عدة الطلاق . وهل له ان يراجعها قبل الوضع ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) ليس له أن يراجعها لأنها فى عدة وطء الشبهة .

(والثانى) له أن يراجعها لأنها لم تكمل عدة الطلاق ، فاذا رات الدم على الحمل وقلنا انه حيض كانت عدتها من الوطء بالحمل وعدتها من الطلاق بالاقراء التى على الحمل ، لان عليها عدتين ، احداهما بالأقراء والأخرى بالحمل فجاز ان يجتمعا ، فاذا مضت ثلاثة اقراء قبل وضع الحمل فقد انقضت عدة الطلاق ، وان وكمت فبل انقضاء الإقراء فقد انقضت عدة الوطء وعليها اتمام عدة الطلاق ، فاذا راجعها فى بقية عدة الطلاق صحت الرجعة ، وان راجعها قبل الوضع ففى صحة الرجعة وجهان على ما ذكرناه .

فاما اذا كانت قد حبلت من الوطء قبل الطلاق كانت عدة الطلاق بالحمل وعدة الوطء بالاقراء . فان قلنا ان عدة الأقراء تدخل فى عدة الحمل كانت عدتها من الطلاق والوطء بالحمل . فاذا وضعت انقضت العدتان جميعاً ، وان قلنا لا تدخل عدة الاقراء فى الحمل ، فان كانت لا ترى الدم لى الحمل أو تراه وقلنا انه ليس بحيض فان عدتها من الطلاق تنقضى بوضع الحمل وعليها استئناف عدة الوطء بالاقراء . وان كانت ترى الدم وقلنا : انه حيض ، فان سبق الوضع انقضت العدة الأولى وعليها اتمام العدة الثانية ، فان سبق الثانية ، فان سبق انقضاء الأقراء انقضت عدة الوطء ولا تنقضى العدة الأولى الا بالوضع .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها البتة فنكحت فى عدتها . فضربها عمر بن الخطاب رضى الله عنه وضرب زوجها بالمخفقة ضربات وفرق بينهما ، ثم قال عمر : أيما امرأة نكحت فى عدتها فان كان الزوج الذى تزوج بها لم يدخل فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول وكان خاطباً من الخطاب . وان كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم اعتدت من زوجها الآخر ثم لم ينكحها أبداً .

قال الشافعى : قال سعيد لها مهرها بما استحل منها ، ثم قال : أخبرنا

يحيى بن حسان عن جرير عن عطاء بن السائب عن زاذان أبى عمر عـن على رضى الله عنه أنه قضى فى التى تزوج فى عدتها أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الأول وتعتد من الآخر .

قال أخبرنا عبد المجيد عن ابن جريج قال : اخبرنا عطاء ان رجلا طلق امرأته فاعتدت منه حتى اذا بقى شيء من عدتها نكحها رجل فى آخر عدتها جهلا ذلك وبنى بها ، فأتى على بن أبى طالب رضى الله تعالى عنه فى ذلك ففرق بينهـما وأمرها أن تعتد ما بقى من عدتها الأولى ثم تعتد من هـذا عدة مسـتقبلة ، فاذا انقضت عدتها فهى بالخيار ان شاءت نكحت وان شاءت فلا .

قال وبقول عمر وعلى نقول فى المرأة تنكح فى عدتها تأتى بعدتين معاً ، وبقول على تقول انه يكون خاطبا من الخطاب ولم تحـرم عليه ، وذلك أنا جعلنا النكاح الفاسد يقوم مقام النكاح الصحيح فى أن على المنكوحة نكاحا فاسداً اذا أصيبت عدة كعدتها فى النكاح الصحيح فنكحت امرأة فى عدتهـا فأصيبت فقد لزمتها عدة الزواج الصحيح ثم لزمها عدة من النكاح الفاسـد فكان عليها حقان بسبب زوجين ولا يؤديهما عنها الا بأن تأتى بهـما معاً . وكذلك كل حقين لزماها من وجهين لا يؤديهما عن أحد لزماه أحـدهما دون الآخر .

فـرع اذا طلق الرجل امرأته أو مات عنها فتزوجت برجل آخر فى عدتها فالنكاح باطل لقوله تعالى « ولا تعزموا عقـدة النـكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » فنهى عن عقد النكاح قبل انقضاء العدة والنهى يقتضى فساد المنهى عنه فان لم يدخل بها الثانى فان كانا عالمين بتحريم العقد عزرا لأنهما أقدما على أمر محرم وان كانا جاهلين بالتحريم لم يعزرا وان كان أحـدهما عالما بالتحريم والآخر جاهلا عزر العالم منهما بالتحريم دون الجاهل ويسـقط بهذا العقد سكناها عن الأول ونفقتها ان كانت تستحق عليه النفقة لأنهـا صارت ناشزة بذلك والناشزة تسقط نفقتها وسكناها ولا تقطع عـدة الأول بعقد الثانى .

وقال القفال الشاشي: ينقطع بالعقد لأن عقد الثانى يراد للاستفراش والعقد

الفاسد يسلك به مسلك الصحيح كالوطء فى النكاح الفاسد يسلك به مسلك الوطء فى الصحيح وهذا خطأ لأن هذا العقد لا حكم له فلم ينقطع به عدة الأولة بخلاف الوطء فان له حكما . وان وطئها الثانى فان كانا عالمين بالتحريم فهما زانيان ويجب عليهما الحد ولا يجب لها مهر ولا يجب عليها عدة للثانى ولا تنقطع عدة الأول وان كان الزوج عالماً بالتحريم وهى جاهلة وجب لها عليه المهر ولا حد عليها ووجب عليه الحد ولا عدة عليها له ولا تنقطع به عدة الأول . ان كانا جاهلين بالتحريم فلا حد عليهما ولها المهر وعليها العدة للثانى وان كان الزوج جاهلا بالتحريم وهى عالمة فعليها الحد ولا مهر لها ولاحد على الرجل وعليها العدة له ؛ فكل موضع كان الثانى جاهلا بتحريم الوطء فانها تصير فراشا للثانى وتسقط عدة الأول ان لم تكن حاملا من الأول لأن العدة تراد لاستبراء الرحم ولا يمكن استبراؤها من الأول فى حال كونها فراشا للثانى ويفرق بينها وبين الثانى ويجب عليها اتمام عدة الأول واستئناف العدة عن الثانى . ولا يتداخلان .

وقال مالك وأبو حنيفة : يتداخلان ودليلنا ما روى سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها البتة فنكحت فى عدتها فضربها عمر رضى الله عنه وضرب زوجها بالمخفقة يعنى الدرة ضربات وفرق بينهما ، وقال : أيما امرأة نكحت فى عدتها فان لم يدخل بها زوجها الذى تزوجها فانها تعتد عن الأول ولا عدة عليها للثانى وكان خاطباً من الخطاب وان كان قد دخل بها الثانىَ فرق بينهما وتأتى عن بقية عدة الأول يعتد ثم عن الثانى ولم ينكحها أبداً .

وروى عطاء أن امرأة نكحت فى العدة ففرق على رضى الله عنه بينهما وقال : « أيما امرأة نكحت فى عدتها فرق بينهما وتأتى ببقية عدة الأول ثم تأتى بثلاثة أقراء عن الثانى ثم هى بالخيار ان شاءت نكحته وان شاءت لم تنكحه » ولا يعرف لهما مخالف فدل على أنه اجماع من الصحابة ولأنهما حقان مقصودان لآدميين فاذا اجتمعا لم يتداخلا كالدين فقولنا مقصودان احتراز من الأجل فانه لو كان عليه لرجل دين مؤجل الى شهر ولآخر دين مؤجل الى شهر فمضى الشهر تداخلا فيه لأن الأجل ليس بمقصود وانما المقصود الدين

وقولنا الآدمي احتراز ممن زنى ثم زنى فانه يقام عليه حد واحد لأن الحد لله والعدة حق للزوج لقوله تعالى « وان طلقتم النساء من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » واحترزنا بتثنية الآدمي ممن قطع يد رجل ثم مات فان دية اليد تدخل فى دية النفس ومن الرجل اذا وطىء امرأته شبهة فى عدتها منه اذا ثبت أنهما لا يتداخلان فلا يخلو اما أن تكون حائلا أو حاملا فان كانت حائلا أو حاملا فان كانت حائلا فانها تتم عدة الأول ثم تستأنف عدة الثانى فان كان قد مضى لها قبل وطء الثانى قرء وشهر فانها تأتى بقرءين أو شهرين عن الأول ثم تأتى بثلاثة أقراء أو ثلاثة أشهر عن الثانى ومن أى وقت تعود الى عدة الأول ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى :

(أحدهما) وهو الأصح أنها تعود اليها عقيب التفريق بينها وبين الثانى .

(والثانى) تعود اليها عقيب آخر وطء من وطئات الثانى فان راجعها الزوج الأول فى بقية عدته ففيه وجهان :

(أحدهما) يصح وهو المذهب لأنها فى عدة منه .

(والثانى) لا يصح لأن عليها عدة لغيره فان خالعها الزوج وتزوجت بآخر فى عدتها ووطئها وأراد الزوج الأول أن يتزوجها فى بقية عدته ففيه وجهان حكاهما المسعودى :

(أحدهما) قال وهو المشهور انه يصح كما قلنا فى الرجعة .

(والثانى) لا يصح وهو قول الشيخ أبى حامد ؛ لأنها تكون محرمة عليه عقيب النكاح من جميع الوجوه لأنها تشرع فى عدة الثانى بعد انقضاء عدة الأول فصار كنكاح المحرمة .

فرع وان تزوجت المرأة فى عدتها برجل آخر ووطئها وأتت بولد ففيه أربع مسائل :

(احداهن) أنه يمكن أن تكون من الأول دون الثانى بأن تأتى به لأربع

سنين فيما دون من طلاق الأول ولدون ستة أشهر من وطء الثاني فان الولد يلحق بالأول وتقضي عدتها منه بوضعه وله أن يراجعها الى أن تضع فاذا وضعته اعتدت عن الثاني بثلاثة أقراء •

(الثانية) اذا أمكن أن يكون الولد من الثاني دون الأول بأن تأتى به لستة أشهر فما زاد الى أربع سنين من وطء الثاني ولأكثر من أربع سنين من طلاق الأول فان كان الطلاق بائنا فان الولد ينتفى عن الأول بغير لعان ويكون الولد لاحقاً بالثاني فتعتد بوضعه عن الثاني فاذا وضعته أتمت عدتها من الأول وان كان الطلاق رجعياً فهل ينتفى الولد عن الأول ؟ فيه قولان مضى ذكرهما في اللعان فان قلنا تلحقه فانه يلحق بالثاني وتعتد بوضعه عن الثاني ثم تتم بقية عدتها من الأول بعد الوضع فان راجعها الأول بعد وضعها الحمل فى حال اتمامها لعدته صحت الرجعة وان راجعها قبل وضع الحمل ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنها فى عدة من غيره ولأنها محرمة عليه فى هذه الحالة والرجعة لا تنفى ذلك التحريم وكل تحريم لم تنفه الرجعية لم تصح الرجعة معه كما لو ارتدت فى العدة وراجع فان الرجعة لا تصح •

(والثانى) : تصح الرجعة لأنا لم نحكم بانقضاء عدتها منه فصحت رجعته ولأن هذا التحريم لا يفضى الى زوال النكاح فلم يناف الرجعة كما لو طلقها طلاقاً رجعياً ، وأحرمت فراجعها فى حال الاحرام ويفارق رجعتها فى حال الردة فان الردة تفضى الى زوال النكاح ، وان قلنا : ان الولد لا ينتفى عن الأول الا باللعان فحكمه كحكم ما لو أمكن أن يكون الحمل من كل واحد منهما على ما يأتى :

(الثالثة) اذا لم يمكن أن يكون الولد من واحد منهما بأن تأتى به لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ولدون ستة أشهر من وطء الثانى فان كان الطلاق بائناً فانه لا يمكن أن يكون من أحدهما وفيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق :

(أحدهما) لا تعتد به عن أحدهما لأنه غير لاحق بأحدهما فعلى هذا ان رأت الدم على الحمل وقلنا انه حيض فانها تعتد بالأطهار أقراء فتتم عدتها من الأول ثم تستأنف العدة عن الثانى وان لم تر الدم على الحمل أو رأته وقلنا انه ليس بحيض فانها تتم عدتها عن الأول بعد الوضع ثم عستأنف العدة عن الثانى •

(والوجه الثانى) : أنها تعتد بالحمل عن أحدهما لا بعينه لأنه يمكن أن تكون من أحدهما ولهذا لو أقر به لحقه فانقضت به العدة كالمنفى باللعان فعلى هذا يلزمها أن تعتد بعد وضعه بثلاثة أقراء لجواز أن يكون من الأول ، والأول هو المشهور ، وان كان الطلاق رجعياً فهل ينتفى الولد عن الأول بغير لعان ؟ فيه قولان ، فان قلنا ينتفى عنه بغير لعان فحكمه حكم ما لو كان الطلاق بائناً ، فان قلنا بالوجه المشهور ، وأنها لا تعتد به عن أحدهما ولم تر الدم على الحمل أو رأته ، وقلنا انه ليس بحيض ، فانها تتم عدتها من الأول بعد الوضع • ثم تستأنف ثلاثة أقراء للثانى ، فان راجعها الأول قبل الوضع ففيه وجهان :

(أحدهما) لايصح لأنها ليست فى عدة منه •

(والثانى) يصح لأنه لم يحكم بانقضاء عدتها منه ، وان راجعها الأول بعد الوضع فى اتمامها لعدته • قال الشيخ أبو حامد : فهل تصح رجعته ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) : وهو المذهب أنها تصح لأنها فى عدة منه •

(والثانى) لا تصح لأن عليها عدة لغيره ، وان قلنا انه لا ينتفى عن الأول الا باللعان فان لم ينفه لحق به واعتدت به عنه • وان نفاه فهو كما لو لم يلحق بواحد منهما •

(الرابعة) : اذا أمكن أن يكون من كل واحد منهما بأن تضعه لستة أشهر فما زاد الى أربع سنين من وطء الثانى ولستة أشهر ، فما زاد الى أربع

سنين من طلاق الأول فيعرض الولد بعد الوضع على القافة فان ألحقته بالأول لحق به وانقضت عدتها منه بوضعه فان راجعها قبل الوضع فهل تصح الرجعة ؟ فيه وجهان ، واذا وضعت الحمل اعتدت عن الثانى بثلاثة أقراء فان راجعها الأول بعد الوضع لم يصح لأنها فى عدة من غيره ، وان ألحقته القافة بالثانى لحق به وانقضت عدتها من الثانى بوضعه ، وأتمت عدة الأول بعد الوضع فان راجعها فى حال اكمالها لعدته صح ، وان راجعها قبل الوضع فهل يصح ؟ فيه وجهان ، وان ألحقته القافة بها أو نفته عنهما ، أو لم يكن قافة أو كانت وأشكل عليها ترك حتى يبلغ وينتسب الى أحدهما ، وأما العدة فان عدتها تنقضى بوضعه عن أحدهما لا بعينه ثم تعتد بعد وضعه بثلاثة أقراء لجواز أن يكون الحمل من الأول فيلزمها أن تعتد عن الثانى ، وأما حكم الرجعة فان قلنا : ان الحمل اذا كان عن الثانى تصح رجعة الأول قبل وضعه فراجعها قبل الوضع صحت رجعته ، وان قلنا هناك لا يصح رجعة له حال كونها حاملا لأنه يجوز أن يكون الحمل من الزوج فتصح رجعته على المذهب، ويجوز أن يكون الحمل من الثانى فلا تصح الرجعة ها هنا فلم يجعل له الرجعة مع الشك فان خالف وراجعها حال كونها حاملا فان بان الحمل من الثانى لم تصح الرجعة لأنه بان أنها معتدة عن غيره وان بان الحمل من الأول وقلنا بالمذهب ان رجعته تصح فى عدتها منه ؛ فان كان عليها عدة لغيره فهل تصح رجعته ها هنا ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يصح لأنه راجعها فى وقت يملك رجعتها فيه .

(والثانى) : لا يصح لأنه حال ما راجعها كان يشك هل له الرجعة أم لا ؟ فلم تصح الرجعة ، وأصل هذين الوجهين القولان فيمن باع مال مورثه قبل أن يعلم بموته ثم بان أنه كان ميتاً وقت البيع ولا يأمره بالرجعة بعدتها بعد الوضع لأنه يجوز أن يكون الحمل من الأول والعدة بالاقراء عن الثانى فلم يملك الرجعة فيها فان خالف وراجع فيها نظرت فان كانت قد رأت قبل الحمل قرءاً لا غير فراجعها فى القرء من الثلاثة بعد الوضع لم تصح رجعته لأنه ليس هو من عدتها عنه به بيقين ، وان راجعها فى القرءين الأولين نظر فيه فان بان أن الحمل بان من الأول لم تصح رجعته فى القرءين لأنه بان أن

ذلك وقت عدتها من الثاني وان بان أن الحمل من الثاني فهل تصح رجعته في القرءين الأولين ؟ فيه وجهان بناء على القولين فيمن باع مال مورثه قبل أن يعلم بموته وبأنه كان ميتاً وقت البيع ، هذا نقل البغداديين من أصحابنا وقال الخراسانيون اذا احتمل أن يكون الحمل من كل واحد منهما وأراد الزوج أن يرجعها فانه يراجعها مرتين مرة قبل وضع الحمل ومرة بعده وان كانت بائناً فنكحها مرتين فهل يصح ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يصح لانا تيقنا أن أحدهما في عدته .

(والثاني) لا يصح قالوا وهذان الوجهان يشبهان القولين في توقف العقد على البينتين وأما الثاني اذا تزوجها وقلنا يصح ، قال ابن الصباغ فان تزوجها وهي حامل لم يصح لأن الحمل ان كان من الأول فقد تزوجها في عدة غيره وان كان منه فقد تزوجها وقد بقي عليها عدة غيره وان تزوجها في عدتها بعد الوضع فان تزوجها في القرء الثالث صح لأنها اماأن تكون معتدة منه فيه أو لا تكون معتدة أصلا وان تزوجها في القرءين الأولين لم يصح لاحتمال أن تكون معتدة فيهما من الأول والنكاح مع الشك لا يصح ولهذا لا يصح نكاح المرتابة بالحمل .

فـــرع واذا أتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما فخرج الولد ميتا أو مات قبل أن يلحقه القافة بأحدهما ، قال الشافعي : لا يكون ابن واحد منهما ولم يرد أنه ليس فيها أب له لأنا نعلم أن أحدهما أبوه وان جهلنا عينه وانما أراد ليس بابن واحد منهما بعينه وهل يعرض على القافة بعد موته ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يعرض عليها لأن مجززاً المدلجي نظر الى أسامة وزيد وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما ، وقال : ان هذه الأقدام بعضها من بعض فسر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأنه يجوز عرضه على القافة وهو نائم فكذلك بعد موته وحمل هذا القائل كلام الشافعي عليه اذا دفن .

(والثاني) لا يجوز عرضه وهو ظاهر النص لأن الأشياء الخفية من الحركة

والنفس تذهب بالموت فان كان قد أوصى لهذا الولد بوصية فان ولد ميتاً بطلت الوصية وان ولد حياً فان قبل له الواطئان صح الوصية لأن أحدهما أبوه بيقين وان لم يقبلا له حتى بلغ وقبل لنفسه صح فان مات قبل أن يلحق بأحدهما وان لم يكن له وارث غيرهما وقف المال بينهما الى أن يصطلحا عليه لأن أحدهما أبوه بيقين وان كان لهذا الولد ابن وأم دفع الى الأم سدس تركته ووقف السدس بين الزوجين الواطئين وأعطى الابن الباقي وان كان له أم وولد له فان لم يكن للأم ولد ولا لأحد الرجلين دفع الى الأم الثلث ووقف الباقي بين الرجلين وان كان للأم ولدان أو لكل واحد من الرجلين والدان أولها ولد ولكل واحد من الرجلين ولد دفع الى الأم السدس ووقف الباقي بين الرجلين وان كان لأحد الرجلين ولدان وكان للأم ولد ولأحد الرجلين ولد فكم تستحق ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) : تستحق الثلث لأننا نشك هل له أخوان أم لا فلا يحجب بالشك •

(والثاني) تستحق السدس لا غير ويوقف السدس لأنا نشك انها تستحق الثلث أو السدس فلم يجز أن يدفع اليها ما زاد على السدس بالشك، واذا مات قبل أن يقبل أو يقبلا له فان القبول الى جميع الورثة فيقتل الرجلان وتقبل الأم معهما لأنها وارثة معهما •

فـــرع وان تزوج رجل امرأة ودخل بها وطلقها فتزوجت في عدتها بآخر وأتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما وطلبت نفقتها فان كان الطلاق رجعياً ، فان قلنا ان الحامل البائن تستحق النفقة بسبب الحمل فليس لها أن تطالب أحدهما بنفقتها حال كونها حاملا لأنه يمكن أن يكون الحمل من الأول فتستحق عليه النفقة ويمكن أن يكون الحمل من الثاني فلا تستحق لأنها حامل عنه من نكاح فاسد فاذا شككنا في استحقاقها لم يكن لها مطالبة أحدهما فاذا وضعت الولد فان كان له مال فنفقته في ماله ، وان لم يكن له مال وجبت نفقته عليهما لأنه ابن أحدهما بيقين وليس أحدهما بأولى من الآخر فأنفقا عليه بينهما •

وأما الأم فانها ترجع على الأول بنفقتها أقل المدتين من مدة الحمل أو القرءين اللذين يكمل بهما عدته لأن الحمل ان كان منه فنفقتها عليه مدة الحمل ، وان كان من الثانى فعلى الثانى نفقتها فى القرءين اللذين يكمل بهما عدته فان ألحق الولد بأحدهما نظرت فان أخذت من الأول قدر حقها فلا كلام، وان أخذت منه دون حقها رجعت عليه بباقى حقها ، وان قلنا أن نفقة الحامل البائن للحمل فانها تستحق نفقتها عليهما حال كونها حاملا لأن الحمل ان كان للأول فنفقتها عليه وان كان للثانى فنفقتها عليه لأن الحمل عن نكاح فاسد كالحمل عن نكاح صحيح الا أنا لا نعلم من الذى تستحق النفقة عليه منهما وليس أحدهما بأولى من الآخر فوجبت نفقتها منهما • وهل يجب عليهما أن يدفعا اليها نفقة كل يوم أولا يجب عليهما الدفع حتى تضع ؟ فيه قولان • وأما نفقة الولد بعد وضعه فان كان له مال كانت نفقته فى ماله وان لم يكن له مال أنفقا عليه بينهما الى أن يبين حاله ، وان كان الطلاق بائنا فان قلنا : ان الحامل البائن تستحق أن يدفع اليها النفقة يوما بيوم كان الحكم فيه كالحكم فى الطلاق الرجعى فى أنه يبنى على القولين فى النفقة للحامل هل يجب للحامل أو للحمل ؟ على ما مضى الا فى شىء واحد وهو أن فى ذلك الموضع اذا وضعت المرأة وقلنا يجب للحامل ولم تستحق النفقة فى حال حملها فانها ترجع على الأول بنفقة أقل المدتين •

وهاهنا لا ترجع عليه بشىء والفرق بينهما أن الرجعية تستحق على الزوج فى حال عدتها بكل حال وهاهنا البائن لا تستحق النفقة على الزوج الا اذا كانت حاملا • وان قلنا نفقة الحامل لا تدفع اليها الا بعد الوضع فما دامت حاملا لا نفقة لها على أحدهما فاذا وضعت الولد فان لحق بالأول فعليه نفقته وترجع المرأة عليه بنفقتها حال حملها لأنه بان أنها كانت معتدة بالحمل منه ؛ وان ألحق بالثانى كان نفقة الولد عليه وهل ترجع عليه المرأة بنفقتها حال حملها ؟ ان قلنا ان الحامل تستحق النفقة لها لم ترجع عليه •

وان قلنا ان النفقة للحمل رجعت عليه بنفقتها حال حملها وان لم يلحق الولد بأحدهما كانت نفقة الولد عليهما نصفين الى أن يبين ؛ وهل ترجع المرأة عليها بنفقتها حال حملها بينهما نصفين ؟ ان قلنا النفقة للحامل لم ترجع

عليهما بشيء لأنه يمكن أن يكون الحمل للأول فتستحق عليه النفقة ، ويمكن أن يكون من الثاني فلا تستحق على أحدهما نفقة فاذا شككنا في استحقاقها النفقة لم نرجع على أحدهما بشيء •

وان قلنا ان النفقة للحمل رجعت عليهما بنفقتها حال حملها بينهما نصفين لأنا نعلم أنها تستحق جميع نفقتها على أحدهما لا بعينه وليس أحدهما بأولى من الآخر فرجعت لها عليهما نصفين • وكل موضع أنفقا على المرأة بينهما على الولد بعد الوضع بينهما ثم لحق الولد بأحدهما وبان أن النفقة عليه فهل يرجع الآخر عليه بما أنفق ؟ ينظر فيه فان أنفق بغير حكم الحاكم لم يرجع عليه بشيء لأنه متطوع بالانفاق وان أنفق بحكم الحاكم فان كان يدعي نسب الولد لم يرجع لأنه يقول هو ولدي ويستحق على جميع النفقة وانما ظلمت بنفيه عني • وان كان يجحد نسب الولد فانه يرجع على الآخر بما أنفق لأنه يقول قد كنت أقول ان هذا ليس مني ولا يستحق على النفقة وانما أكرهت على الانفاق عليه بغير حق فأنا أستحق الرجوع على أبيه ، ومن أصحابنا من قال اذا أشكل حال الولد لم تجب النفقة على واحد منهما لأن الشافعي قال : وان أشكل الأمر لم آمره بنفقة ولأنا نشك في وجوب النفقة على كل واحد منهما فلم تجب بالشك والأول أصح لأن الشافعي انما أراد أن الزوج لا يؤخذ بالنفقة وحده ولكن النفقة بينه وبين الآخر على ما بيناه •

فـــرع وان طلق امرأته طلاقاً رجعياً ونكحت بآخر في عدتها ووطئها وفرق بينهما وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول ولستة أشهر فما زاد الى أربع سنين من وطء الزوج فان قلنا : ان الولد يلحق بالأول ولا ينتفي عنه الا باللعان فالحكم في النفقة على ما مضى في التي قبلها وان قلنا ان الولد ينتفي عن الأول بغير لعان فانه يلحق بالثاني ولا تستحق المرأة النفقة على الأول حال كونها حاملا ان قلنا ان النفقة للحامل لم تستحق عليه وان قلنا : انها للحمل أستحقت عليه فاذا وضعت الحمل فانها تتم عدة الأول وتستحق عليه النفقة في القرءين بعد دم النفاس وهل تستحق عليه النفقة مادام معها دم النفاس ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا تستحق عليه نفقة ذلك لأنه ليس من عدته وانما هو تابع للحمل فلما لم تستحق عليه نفقة مدة الحمل فكذلك مدة النفاس •

(والثانى) تستحق عليه نفقة تلك المدة لأن عدتها تنقضى من الثانى بوضع الولد وزمان النفاس هو من عدة الأول وان كان غير محتسب به من عـدته كما لو طلبها وهى حائض •

فـــرع وان طلق الحربى امرأته وتزوجت بمشرك فى عدتها ووطئها وجب عليها للثانى عدة والمنصـوص أن عدتهما تتداخلان فمن أصحابنـا الخراسانيين من جعل فيها وين المسلمة قولين ، قال أكثر أصحابنا : تتداخل عدة المشركين ولا واحداً بخلاف المسـلمة لأن عرض الحـربي وماله معرض للابطال والنهب ، فجاز ابطال عدته بخلاف المسلمة ، وان وطئت امرأة مـن رجل بشبهة ثم طلقها زوجها وهى فى العدة ففيه وجهان حكاهما الشـيخ أبو حامد :

(أحدهما) أن العدتين لا تتداخلان ، وهو المنصوص كما لو طلقها ثم وطئت بشبهة •

(والثانى) يتداخلان فيجب عليها عدة واحدة لأن عـدة وطء الشـبهة ضعيفة فدخلت فى عدة الطلاق بعدها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا خالع امراته بعد الدخول فله ان يتزوجها فى العـدة • وقال المزنى لا يجوز كما لا يجوز لغيره ، وهذا خطا لان نكاح غـيره يؤدي الى اختلاط الانساب ولا يوجد ذلك فى نكاحه • وان تزوجها انقطعت العدة • وقال ابو العباس : لا تنقطع قبل ان يطاها ، كما لا تنقطع اذا تزوجها اجنبي قبل ان يطاها ــ وهذا خطا ــ لان المراة تصير فراشاً بالعقد ، ولا يجـوز ان تبقى مع الفراش عدة ، ولانه لا يجوز ان تكون زوجته وتعتد منه ، ويخالف الأجنبى فان نكاحه في العدة فاسد فلم تصر فراشاً الا بالوطء ، فان وطئها ثم طلقها لزمها عدة مستانفة وتدخل فيها بقية الأولى •

وان طلقها قبل ان يطاها لم يلزمها استئناف عدة لانها مطلقة فى نكاح قبل المسيس فلم تلزمها عدة كما لو تزوج امراة وطلقها قبل الدخول ، وعليها ان تتمم ما بقى عليها من العدة الأولى ، لانا لو اسقطنا البقية ادى ذلك الى اختلاط المياه وفساد الأنساب لأنه يتزوج امراة ويطؤها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر فيطؤها ثم يخلعها ثم يتزوجها آخر ، ويفعل مثل ذلك الى ان يجتمع على وطئها فى يوم واحد عشرون ، وتختلط المياه وتفسد الأنساب .

فصل اذا طلق امراته بعد الدخول طلقة ثم راجعها نظرت ، فان وطئها بعد الرجعة ثم طلقها لزمها ان تستانف العدة وتدخل فيها بقية العدة الاولى ، فان راجعها ثم طلقها قبل ان يطاها ففيه قولان :

(احدهما) ترجع الى العدة الأولى وتبنى عليها ، كما لو خالعها ثم تزوجها فى العدة ثم طلقها قبل ان يطأها .

(والثانى) انها تستانف العدة ، وهو اختيار المزنى ، وهو الصحيح ، لأنه طلاق فى نكاح وطىء فيه فاوجب عدة كاملة ، كما لو لم يتقدمه طلاق ولا رجعة ، وتخالف المختلعة لأن هناك عادت اليه بنكاح جديد ثم طلقها من غير وطء ، وها هنا عادت الى النكاح الذى طلقها فيه ، فاذا طلقها استانفت العدة ، كما لو ارتدت بعد الدخول ثم اسلمت ثم طلقها .

وان طلقها ثم مضى عليها قرء او قرءان ثم طلقها من غير رجعة ففيه طريقان قال ابو سعيد الاصطخرى وابو على بن خيزان رحمهما الله : وهى كالمسالة قبلها فتكون على قولين ، وللشافعى رحمه الله ما يدل عليه ، فانه قال فى تلك المسالة : ويلزم ان نقول ارتجع او لم يرتجع سواء . والدليل عليه ان الطلاق مضى لو طرأ على الزوجية أوجب عدة ، فاذا طرأ على الرجعية أوجب عدة كالوفاء فى ايجاب عدة الوفاة ، وقال ابو اسحاق : تبنى على عدتها قولا واحداً لانهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة فصار كما لو طلقها طلقتين فى وقت واحد .

فصل وان تزوج عبد امة ودخل بها ثم طلقها طلاقاً رجعياً ثم اعتقت الامة وفسخت النكاح ففيه طريقان :

(احدهما) انها على قولين (احدهما) تستانف العدة من حين الفسخ .

(والثانى) لا تستانف .

(والطريق الثانى) انها تستانف العدة من الفسخ قولا واحداً لأن احدى العدتين من طلاق والأخرى من فسخ فلا تبنى احداهما على الأخرى .

الشرح اذا خالع الرجل أو فسخ نكاحه فله أن يتزوجها في عدتها في قول جمهور الفقهاء ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والزهرى والحسن وقتادة ومالك والشافعي وأصحاب الرأى . وشذ المزنى وبعض أصحابنا فقال لا يجوز ولا يحل له نكاحها ولا خطبتها لأنها معتدة .

ووجه كون هذا القول خطأ أن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ؛ ولا يصان ماؤه عن مائه اذا كانا من نكاح صحيح ؛ فاذا تزوجها انقطعت العدة : لأن المرأة تصير فراشاً له بعقده ولا يجوز أن تكون زوجة معتدة ؛ فان وطئها ثم طلقها لزمها عدة مستأنفة ولا شيء عليها من الأول لأنها انقطعت وارتفعت . وان طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف العدة أو تبنى على مامضى ؟مذهبناأنه لا يلزمها استئناف عدة ، وبه قال محمد بن الحسن ؛ وهو احدى الروايتين عن أحمد . وقال أبو حنيفة : « تستأنف » لأنه طلاق لا يخلو من عدة ، فأوجب عدة مستأنفة كالأول . دليلنا أنه طلاق في نكاح قبل المسيس فلم يوجب عدة لعموم قوله تعالى : « ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » .

فرع اذا طلقها طلاقاً رجعياً ثم ارتجعها في عدتها ووطئها ثم طلقها انقطعت العدة الأولى برجعته ؛ لأنه زال حكم الطلاق وتستأنف عدة من الطلاق الثانى ، لأنه طلاق من نكاح اتصل به المسيس ، وان طلقها قبل أن يمسها فهل تستأنف عدة أو تبنى على العدة الأولى ؟ فيه قولان ولأحمد روايتان كالقولين عندنا :

١ — أن تستأنف لأن الرجعة أزالت شعث الطلاق الأول وردتها الى النكاح الأول ؛ فصار الطلاق الثانى طلاقاً من نكاح اتصل به المسيس .

٢ — تبنى لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد ، ولو نكحها ثم طلقها قبل المسيس لم يلزمها لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة ، فان فسخ نكاحها قبل الرجعة بخلع أو غيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق ؛ لأن موجبه في العدة موجب الطلاق ؛ وقد مضى في شرح الفصول قبله ما فيه من طرق وأوجه تداخل العدتين فلا داعي للتكرار .

فــــرع واذا تزوج الرجل امرأة فى عدة غــيره ووطئهــا جاهــلا بالتحريم فقد قلنا يفرق بينهما وتتم عدتها من الأول وتعتد عن الثانى وهــل يحل للثانى نكاحها ؟ فيه قولان قال فى القديم : لا يحل له أبداً وبه قال عمر ومالك لأنه تعجل حقه قبل وقته فمنعه فى وقتــه كالوارث اذا قتل مورثه قال الشيخ أبو حامد فعلى هذا كل وطء بشبهة أفسد الفراش فان الموطوء تحرم على الواطىء على التأبيد مثل أن يطأ الرجل زوجة غيره أو أمة يســتفرشها فأما وطء الشبهة الذى لا يفسد الفراش مثل أن يطأ امرأة معتدة عنه بشبهة أو وطىء امرأة بشبهة لا زوج لها ولا سيد يستفرشها أو وطىء امرأة بنــكاح فاسد وليست فى عدة من غيره فانها لا تحرم على الواطىء على التأبيد وقال فى الجديد لاتحرم عليه وبه قال على بن أبى طالب وأبو حنيفة وأصــحابه وعامة أهل العلم لقوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم » الى قوله « وأحــل لكم ما وراء ذلكم » وهذه ليست من الأعيان المحرمة ولأنه وطء بشبهة فلم يحرم على التأبيد كما لو نكح امرأة بلا ولى و لاشهود ووطئها وهذا القول أصح لأن ابن عبد الحكم روى أن الشافعى قال اختلف عمر وعلى فى ثلاث مسائل القياس فيها مع على وبقوله : احداهن هذه الثانية امرأة المفقود اذا غاب عنها زوجها وانقطع عنها خبره فان عمر رضى الله عنه قال يرفع الأمــر الى الحاكم وتصرف لها أربع سنين ثم تعتد تسعة أشهر ثم تتزوج وهو قــول القديم للشافعى وقال على رضى الله عنه : هذه امرأة ابتليت فلتصبر أبدا وهو قول الشافعى فى الجديد وهو الأصح (والثالثة) اذا طلق زوجتــه طلقــة رجعية وغاب عنها ثم راجعها وأشهد على رجعته ولم تعلم بذلك وانقضت عدتها فتزوجت بآخر ودخل بها وجاء الأول وادعى أنه راجعها وأقام على ذلك بينته فروى عن عمر أنه قال : هى زوجة الثانى وهو قول مالك • وروى عن على رضى الله عنه أنه قال هى زوجة الأول وهو قول الشافعى وقد روى عن عمر أنه رجع الى قول على فى الأولة •

فــــرع وان طلق الرجل امرأته طلاقا رجعيا فوطئها الزوج فى العدة فلا حد عليهما لأنه وطء بشبهة سواء كانا عالمين بتحريم الوطء أو جاهلين لأنها فى معانى الزوجات الا أنهما اذا كانا عالمين بالتحريم عزرا وان كانا جاهلين بالتحريم لم يعزرا وان كان أحدهما عالما والآخر جاهلا عزر العالم منهما فان

كانت وقت الطلاق حائلا نظرت فان لم تحمل من الوطء فى العدة وجب عليها استئناف العدة عن الوطء فى العدة لأنه وطء شبهة فأوجب العدة وتدخل فيها بقية العدة الأولة لأنهما من واحد فتداخلتا فان كان قد مضى لها قرء من العدة قبل الوطء فانها تستأنف ثلاثة أقراء من حين الوطء بعد الطلاق فالقرءان الأولان يقعان عن الطلاق وعن الوطء بعد الطلاق والثالث يقع عن الوطء بعد الطلاق فان راجعها الزوج فى القرءين الأولين صحت رجعته لأنه راجعها فى عدتها منه عن الطلاق الرجعى وان وطئها فيها ثانيا لم يجب عليهما الحد سواء كانا عالمين أو جاهلين كما قلنا فى الأول فى القرء الأول وان راجعها فى القرء الثالث لم تصح رجعته لأنه راجعها بعد انقضاء عدتها عنه بالطلاق ؛ وان وطئها فى القرء الثالث فان كانا عالمين بالتحريم فهما زانيان ويجب عليهما الحد ولا مهر لها ولا يجب عليها استئناف العدة لهذا الوطء ، وان كانا جاهلين بالتحريم لم يجب عليهما الحد ووجب لها المهر ووجب عليها استئناف العدة لهذا الوطء ويدخل فيها بقية عدة الوطء الأول ، وان كان الزوج جاهلا والزوجة عالمة وجب عليها الحد ولا مهر لها ولم يجب عليه الحد ووجب عليها استئناف العدة ودخل فيها بقية العدة من الوطء بعد الطلاق وان كان الزوج عالما بالتحريم والزوجة جاهلة وجب على الزوج المهر والحد ولا حد عليها ولا يجب عليها استئناف العدة . وان كان قد مضى عليها من العدة قبل الوطء قرء ان وجب عليها استئناف ثلاثة أقراء وصحت رجعته فى القرء الأول ، وان وطئها فيه فلا حد عليهما بحال ووجب عليها استئناف العدة وان راجعها فى القرءين الآخرين لم تصح رجعته . وان وطئها فيهما فهو كما لو وطئها فى القرء الثالث اذا مضى لها قبل الطلاق قرء على ما مضى ؛ وان كان عدتها بالشهور فالحكم فيها كالأقراء على ما مضى ، وان حبلت من الوطء بعد الطلاق فى العدة فانها تعتد بوضعه عن وطئه فى عدة الطلاق وهل تدخل فيه بقية عدتها عنه للطلاق ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) يدخل لأنهما عدتان لواحد فتداخلا كما لو كانتا من جنس واحد .

(والثانى) لا يتداخلان لأن الحقين انما يتداخلان اذا كانا من جنس

فأما اذا كانا من جنسين فانهما لا يتداخلان كما لو زنى وهو بكر ثم زنى وهو محصن قبل ان يحد للأول فان قلنا انهما يتداخلان كانت فى عدة الطلاق الى أن تضع وله أن يراجعها قبل الوضع وان وطئها قبل الوضع ثانياً أو ثالثاً فلا حد عليهما وعليها العدة للجميع وتنقضى عدتها عن الجميع بوضع الحمل وان قلنا : انهما لا يتداخلان نظرت فان لم تر دماً على الحمل أو رأته وقلنا انه ليس بحيض فانها تعتد بالحمل عن وطء الشبهة فاذا وضعت الحمل أتت بما بقى عليها من الأقراء من عدة الطلاق فان راجعها بعد الوضع فى حال اتمامها لعدة الطلاق صحت الرجعة لأنه راجعها فى عدتها منه بالطلاق الرجعى وان راجعها قبل وضع الحمل ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنها فى عدة من وطء الشبهة .

(والثانى) يصح لأن عدتها عنه للطلاق الرجعى لم تنقض . وان رأت الدم على الحمل وقلنا انه حيض فانها تتم عدة الطلاق بالاقراء وهى الاطهار بين الدمين على الحمل وله الرجعة عليها ما لم تنقض عدتها بالاقراء فاذا انقضت الاقراء لم تصح رجعته وتنقضى عدتها عن وطء الشبهة بوضع الحمل ؛ وأما حكم نفقتها عليه فالذى يقتضى المذهب أنا اذا قلنا : انهما يتداخلان فعليه أن ينفق عليها ويكسوها ويسكنها الى أن تضع وان قلنا لا يتداخلان ولم تر الدم على الحمل أو رأته ؛ وقلنا : أنه ليس بحيض فانه يجب عليه أن ينفق عليها فى الاقراء بعد وضع الحمل لأنها فى عدة منه عن طلاق رجعى ، وهل يجب عليه أن ينفق عليها مدة دم النفاس ؟ فيه وجهان ذكرناهما فى التى قبلها وهل يجب عليه أن ينفق عليها حال كونها حاملا ؟ ان قلنا ان البائن الحامل يجب لها النفقة لنفسها لم يجب عليه نفقتها ؛ وان قلنا : انها يجب لها بسبب الحمل وجب لها عليه النفقة . وأما اذا طلقها وهى حامل ثم وطئها قبل الوضع فانها تعتد بوضع الحمل عن الطلاق ويجب عليها ثلاثة أقراء لوطئه اياها فى العدة وهل تدخل الاقراء فى الحمل على الوجهين ؛ فاذا قلنا : انهما يتداخلان فانها تكون فى العدة عن الطلاق والوطء الى أن يضع ولها عليه النفقة والكسوة والسكنى الى أن تضع وتصح رجعته ما لم تضع ، وان قلنا : انهما لا يتداخلان فان لم تر الدم على الحمل أو رأته وقلنا : انه ليس بحيض فانها فى عدة

الطلاق الى أن تضع وتستحق عليه ما تستحقه الرجعية الى أن تضع وتصح رجعته ما لم تضع فاذا وضعت الحمل اعتدت بثلاثة أقراء عن وطء الشبهة ؛ ولا تستحق عليه فيها نفقة ولا غيرها وان رأت الدم على الحمل وقلنا : انه حيض فانها تعتد بالاقراء على الحمل عن وطء الشبهة وتعتد بالحمل عن الطلاق وتستحق عليه ما تستحق الرجعية الى أن تضع وتصح رجعته عليها ما لم تضع •

مسألة اذا تزوج امرأة ودخل بها وخالعها وطلقها طلقة أو طلقتين بعوض فتزوجها وهى فى العدة صح • وقال المزنى : لا يصح نكاحه لها كما لا يصح نكاح غيره لها وهذا خطأ لأن نكاح غيره لا يؤدى الى اختلاط المياه وفساد الكسب ونكاحه لها لا يؤدى الى ذلك فاذا تزوجها انقطعت عدتها ، وحكى عن أبى العباس بن سريج انه قال : لا تنقطع عدتها حتى يدخل بها كما اذا تزوجها غيره فى عدتها • وهذا ليس بصحيح وقيل لا يصح هذا عن أبى العباس لأنها تصير بعد العقد فراشاً له ، ولا يجوز أن تكون فراشاً له وتكون معتدة عنه ويخالف اذا نكحها غيره فى عدتها فانها لا تصير فراشاً له بالعقد فان طلقها نظرت فان وطئها بعد النكاح الثانى ثم طلقها لزمها استئناف العدة ويدخل فيها بقية العدة الأولة لأنهما من واحد • وان طلقها قبل أن يطأها لم يلزمها استئناف العدة بل يجب عليها أن تتم العدة الأولة •

وقال داود : لا يلزمها دليلنا أنا لو قلنا لا يجب عليها العدة لأحد الى أن يتزوجها فى يوم واحد جماعة رجال ويطأها كل واحد منهم بأن يتزوجها الأول ويطأها ثم يخالعها ثم يتزوجها ويطلقها قبل الدخول فتتزوج بالثانى ويطأها ثم يخالعها ثم يتزوجها ثم يطلقها قبل الدخول ثم يتزوجها الثالث ويطأها وعلى هذا أن يجتمع على تزويجها ووطئها فى اليوم الواحد مائة رجل فتفسد أنسابهم وهذا ظاهر الفساد •

فرع قال ابن الحداد : وان خالع امرأته وهى حامل ثم تزوجها حاملا ثم مات فليس عليها الا وضع الحمل سواء أصابها بعد الخلع أو لم يصبها لأن عدة الوفاة تنقضى بوضع الحمل سواء دخل بها أو لم يدخل •

مسـألة وان تزوج الرجل امرأة ودخل بها ثم طلقها ومضى عليهـا قرء وقرءان ثم راجعها انقطعت عدتها لأنها صارت فراشا له فلا يصح أن تكون معتدة عنه فان وطئها بعد الرجعة ثم طلقها فعليها أن تستأنف العـدة وتدخل فيها بقية العدة الأولة لأنه قد حصل فى رحمها ماء جديد له حـرمة فوجبت له بالعدة وان طلقها قبل أن يطأها ففيه قولان :

(أحدهما) يبنى على الأولة •

(والثانى) يلزمها استئناف العدة ، وقال داود : لا يجب عليها عدة • وهذا خطأ لأنا لو قلنا لا يجب عليها العدة لأحد الى أن يجتمع على وطئها فى يوم واحد جماعة رجال الى أن يتزوجها رجل ويدخل بها ثم يطلقهـا طلاقاً رجعياً ثم يراجعها ثم يطلقها قبل الدخول ثم تتزوج بآخر ويفعـل مثل ذلك وتتزوج بثالث فتفعل مثل ذلك فيؤدى الى فساد النسب فاذا قلنا يبنى على العدة وهو قوله فى القديم وبه قال مالك فوجهه قوله تعالى « ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا » ولو احتاجت الى استئناف العدة فقد أمسكها ضراراً لأنه يراجعها فى آخر عدتها ثم يطلقها واذا قلنا تستأنف العدة وهو قوله فى الجديد وبه قال أبو حنيفة وهو الأصح فوجهه قوله تعالى « والمطلقـات يتربصـن بأنفسهن ثلاثة قروء » هذه مطلقة ولأنه اذا راجعها فقد عاد النكاح كما كان ، فاذا طلقها استأنف العدة كالطلاق الأول وان طلق امرأته طلقة رجعية فراجعها ثم خالعها فى العدة قبل أن يطأها كان بعد الرجعة • فان قلنا : ان الخلع طلاق كما لو طلقها قبل الرجعة وهل يبنى على عدتها أو يستأنف ؟ على القولين وان قلنا : ان الخلع فسخ فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهـم مـن قال فيـه قولان كالطلاق ؛ ومنهم من قال : تستأنف العدة قولا واحداً ؛ لأن الخلع نوع فرقة أخرى فلا يبنى عدته على عدة الطلاق • وان طلق امرأته طلقة رجعية ثم طلقها فى العدة قبل أن يراجعها فهل تبنى على العدة أو تستأنف العدة ؟ فيه طريقان من أصحابنا من قال : فيه قولان كما لو راجعها ثم طلقها لأن الشافعى قال : اذا راجعها ثم طلقها فى أحد القولين أنها تستأنف ثم قال ومن قال بهذا لزمه أن يقول ارتجع أو لم يرتجع سواء •

ومنهم من قال يبنى قولا واحداً ، وقال ابن الصباغ : وهو الأصح لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة فصار كما لو طلقها طلقتين في وقت واحد .

فـــرع واذا نزوج العبد أمة فطلقها طلاقاً رجعيا ثم أعتقت فى أثناء العدة فلها أن تختار فسخ النكاح ولها أن لا تفسخ ، فان اختــارت فســخ النكاح فهل يبنى على عدتها أو يلزمها استئناف العدة ؟ فيه ثلاثة طرق ، ومن أصحابنا من قال فيه قولان ومنهم من قال يبنى على العدة قولا واحداً وهو اختيار أبى اسحاق المروزى ومنهم من قال يستأنف العدة استئناف عدة حرة لأنها وجبت فى حال الحرية واذا قلنا : انها تبنى على الأولة فعلى ماذا تبنى ؟ فيه طريقان من أصحابنا من قا فيه قولان :

(أحدهما) يبنى على عدة أمة .

(والثانى) تتم عدة حرة كما لو كانت تحت حر وطلقها ثم أعتقت فان فيه قولين ، ومن أصحابنا من قال : تتم عدة حرة قولا واحداً لأن الفسخ هاهنا طرأ على العدة فغيرها بخلاف ما اذا أعتقت تحت حر أو تحت عبد ولم تختر الفسخ فان العتق لا يوجب العدة فلم يغيرها ، وان لم تختر الفسخ نظــرت فان لم يراجعها حتى بانت فلا يلزمها استئناف العدة ولكن هل تتم عدة حرة أو أمة ؟ فيه قولان مضى ذكرهما . وان راجعها قبل انقضاء عدتها فلها أن تختار فسخ النكاح فان اختارت الفسخ فهل يلزمها استئناف العدة أو يجوز لها أن تبنى على الأولة ؟ فيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان كالطلاق ومنهم من قال : يلزمها أن تستأنف العدة قولا واحداً لأنها فسخت النــكاح وهى زوجة فاذا قلنا تستأنف العدة استأنفت عدة حرة ، واذا قلنا يبنى ، فهل يلزمها أن تتم عدة حرة أو أمة ؟ فيه طريقان مضى ذكرهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واذا خلا الرجل بامراته ثم اختلفا فى الاصابة ، فادعــــاه احدهما وانكر الآخر ففيه قولان : قال فى الجديد القول قول المنكر ، لأن الأصل عدم الاصابة . وقال فى القديم القول قول المدعى لأن الخاوة تدل على الاصابة .

فصـــل وان اختلفا فى انقضاء العدة بالاقراء فادعت المراة انقضاءها لزمان يمكن فيه انقضاء العـدة وانكر الزوج ، فالقول قولها ، وان اختلفا فى وضع ما تنقضى به العدة ، فادعت المراة أنها وضعت ما تنقضى به العدة وانكر الزوج فالقول قولها لقوله عز وجل « ولا يحل لهن ان يكتمـن ما خلق الله فى ارحامهن » فخرج النساء على كتمان ما فى الأرحام كما خرج الشهود على كتمان الشادة فقال « ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه » ثم يجب قبول شهادة الشهود فوجب قول النساء ، ولأن ذلك لا يعلم الا من جهتها فوجب قبول قولها فيه كما يجب على التابعى قبول ما يخبره به الصحابة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يكن له سبيل الى معرفته الا من جهته .

وان ادعت المراة انقضاء العدة بالشهور وانكر الزوج فالقول قـوله ، لأن ذلك اختلاف فى وقت الطلاق فكان القول فيه قوله .

فصـــل وان طلقها فقالت المراة طلقنى وقد بقى من الطهر ما يعتـد به قرءاً وقال الزوج : طلقتك ولم يبق شىء من الطهر فالقول قول المراة لأن ذلك اختلاف فى وقت الحيض ، وقد بينا أن القول فى الحيض قولها .

فصـــل وان طلقها وولدت واتفقا على وقت الولادة واختلفا فى وقت الطلاق ، فقال الزوج : طلقتك بعد الولادة فلى الرجعة ، وقالت المراة طلقتنى قبل الولادة فلا رجعة لك فالقول قول الزوج ، لأنهما لو اختلفا فى أصل الطلاق كان القول قوله فكذلك اذا اختلفا فى وقته ، ولان هذا اختلاف فى قوله وهو اعلم به فرجع اليه . وان اتفقا فى وقت الطلاق واختلفا فى وقت الولادة ، فقال الزوج : ولدت قبل الطلاق فلى الرجعة . وقالت المراة : بل ولدت بعد الطلاق فلا رجعة لك فالقول قولها فكذلك اذا اختلفا فى وقتها . وان جهلا وقت الطلاق ووقت الولادة وتداعيا السبق فقال الرجل : تاخر الطلاق وقالت المـراة : تاخرت الولادة ، فالقول قول الزوج لأن الأصل وجوب العدة وبقاء الرجعة ، فان جهلا وقتهما ، او جهل السابق منهما لم يحكم بينهما لأنهما تدعيان حقاً .

وان ادعت المراة السبق وقال الزوج لا اعرف السابق قال له الحاكم : ليس هذا بجواب ، فاما ان تجيب جواباً صحيحاً او نجعلك ناكلا ، فان اسـتفتى افتيناه بما ذكرناه فى المسئلة قبلها ، وان كان للزوج الرجعة لأن الأصل وجوب العدة وبقاء الرجعة ، والورع ان لا يراجعها .

فصـــل فان اذن لها فى الخروج الى بلد آخر ثم طلقها واختلفـا ، فقالت المراة نقلتنى الى البلد الآخر ففيه أعتد ، وقال الزوج بل اذنت لك فى الخروج لحاجة فعليك ان ترجعى ، فالقـول قول الزوج لأنه اعلم بقصـده ،

وان مات واختلفت الزوجة والوارث فالقول قولها لأنهما استويا فى الجهل بقصد الزوج ومع الزوجة ظاهر ، فان الأمر بالخروج يقتضى خروجا من غير عود) .

الشرح قال الشافعي رضي الله عنه في القديم : اذا اختلفا في الاصابة بعد الخلوة فالقول قول المدعى لأن الخلوة تدل على الاصابة . وقال فى الجديد : قال الله تبارك وتعالى « اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » فكان بيناً فى حكم الله عز وجل أن لا عدة على المطلقة قبل ان تمس ؛ وأن المسيس هو الاصابة . ولم أعلم فى هذا خلافاً .

ثم اختلف بعض المفتين فى المرأة يخلو بها زوجها فيغلق بابا ويرخى ستراً وهى غير محرمة ولا صائمة ، فقال ابن عباس وشريح وغيرهما لا عدة عليها بالاصابة نفسها ، لأن الله عز وجل هكذا قال .

أخبرنا مسلم عن ابن جريج عن ليث عن طاوس عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال فى الرجل يتزوج المرأة فيخلو بها ولا يمسها ولا يطلقها : ليس لها الا نصف الصداق ، لأن الله عز وجل يقول : « وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم » قال الشافعى : وبهذا أقول وهو ظاهر كتاب الله عز ذكره ، اهـ .

قلت : قال تعالى : « ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن » قال عكرمة والزهرى والنخعى من الحيض . وقال عمر وابن عباس الحمل ، وقال مجاهد الحيض والحمل معاً ، وهذا على أن الحامل تحيض ؛ والمعنى المقصود من الآية أنه لما دار أمر العدة على الحيض والأطهار ولا اطلاع عليهما الا من جهة النساء جعل القول قولها اذا ادعت انقضاء العدة أو عدمها ؛ وجعلهن مؤمنات على ذلك وهو مقتضى قوله تعالى « ولا يحل لهن أن يكتمن » الآية .

وقال سليمان بن يسار : ولم نؤمر أن نفتح النساء فننظر الى فروجهن ، ولكن وكل ذلك اليهن ان كن مؤتمنات . ومعنى النهى عن الكتمان النهى

عن الاضرار بالزوج واذهاب حقه ، فاذا قالت المطلقة حضت وهي لم تحض ذهبت بحقه من الارتجاع واذا قالت : لم احض وهي قد حاضت ألزمته من النفقة ما لم يلزمه فأضرت به . أو تقصد بكذبها في نفي الحيض ألا ترتجع حتى تنقضي العدة ويقطع الشرع حقه ، وكذلك الحامل تكتم الحمل لتقطع حقه من الارتجاع . قال قتادة : كانت عادتهن في الجاهلية أن يكتمن الحمل ليلحقن الولد بالزوج الجديد ، ففي ذلك نزلت الآية .

قال ابن المنذر : وقال كل من حفظت عنه من أهل العلم ، اذا قالت المرأة في عشرة أيام قد حضت ثلاث حيض وانقضت عدتي انها لا تصدق ولا يقبل ذلك منها الا أن تقول قد أسقطت سقطا قد استبان خلقه ، واختلفوا في المدة التي تصدق فيها المرأة ، فقال مالك : اذا قالت انقضت عدتي في أمد تنقضي في مثله العدة قبل قولها ، فان أخبرت بانقضاء العـدة في مدة تقـع نادراً فقولان . قال في المدونة اذا قالت : حضت ثلاث حيض في شهر صدقت اذا صدقها النســاء . وبه قال شريح . وقال له علي بن أبي طالب « قالون » أي أصبت وأحسنت ، وقال في كتاب محمد : لا تصدق الا في شهر ونصف . ونحوه قول أبي ثور . قال أبو ثور : أقل ما يكون في ذلك سبعة وأربعين يوماً ، وذلك أن أقل الطهر خمسة عشر يوماً . وأقل الحيض يوم .

فـــرع اذا طلق الرجل امرأته واختلفا في الاصابة فادعى الزوج أنه قد أصابها لثبوت الرجعة وانكرت الاصابة ، أو ادعت المرأة أنه أصابها لثبوت جميع المهر ، أو أنكر الزوج الاصابة نظرت فان اتفقا على أنه قد خلا بها ففيه قولان :

قال في القديم : القول قول من يدعي الاصابة لأن الظاهر معه .

وقال في الجديد : القول قول من ينكر الاصابة ، وهو الأصح لأن الأصل عدم الاصابة وان لم يتفقا على الخلوة فالقول قول من ينكر الاصابة منهما قولا واحداً لأن الأصل عدم الاصابة ، وان ادعت الزوجة الاصابة وأتت بشاهد واحد على مشاهدته الاصابة أو على اقرار الزوج بها حلفت معه لأن المقصود بدعواها في ذلك المال ، وان أتى الزوج بشاهد في الاصابة وأراد أن يحلف

معه لم يكن له ذلك لأن المقصود بدعواه فى ذلك غير المال فان أتت بولد لمدة الحمل من حين النكاح ولم ينفه باللعان لحقه فيه فان ادعت المراة الاصابة لاستقرار المهر •

فنقل المزنى أن القول قول الزوجة فاذا حلفت استحقت جميع المهر ونقل الربيع : أن القول قول الزوج معه يمينه ، واختلف أصحابنا فيها على طريقين فمنهم من قال فيه قولان ولم يذكر الشيخ أبو اسحاق غير هذا :

(أحدهما) القول قول الزوجة مع يمينها لأن الظاهر معها لأنا قد ألحقنا به ألنسب والظاهر أن النسب لا يلحق الا عن اصابة •

(والثانى) القول قول الزوج مع يمينه لأن الأصل عدم الاصابة وقد يلحقه الولد من غير اصابة بأن يطأها فيها دون الفرج فيسبق الماء الى فرجها ؛ أو يبعث اليها بمائة فتستدخله وتحمل منه ، ومن قال هى على اختلاف حالين فحيث قال : القول قول الزوج أراد به اذا كانا قد اختلفا فى الاصابة ، وجعلنا القول قول الزوج فحلف وحكمنا بيمينه أنه لم يصبها ثم أتت بعد ذلك بولد يلحقه بالامكان ولم ينفه ثم قالت بعد ذلك قد أصبتنى وقال لم أصبك فالقول قوله لأنا قد حكمنا بيمينه أنه لم يصبها فلا ينقض حكمنا فى الظاهر لأمر محتمل •

ويجوز أن يكون الولد منه من غير وطء منه ، وحيث قال : القول قولها أنه اذا لم يكونا قد اختلفا فى الاصابة ثم أتت بولد ولحقه نسبه ثم حبس الزوج أو مات ، وادعت الاصابة بعد ذلك فالقول قولها لأن الظاهر معها •

فـــرع اذا ادعت انقضاء عدتها بالأقراء أو بوضع الحمل وأنكرها الزوج ، فقد مضى ذكره وان ادعت انقضاء عدتها بالشهور وأنكر الزوج فان اتفقا على وقت الطلاق لم يفتقر الى اليمين بل يحسب ذلك ، وان اختلفا فى وقت الطلاق فالقول قول الزوج مع يمينه لأن هذا اختلاف فى قوله وهو أعلم به • وان ولدت فطلقها فقالت ولدت بعد الطلاق وانقضت عدتى بالولادة، وقال الزوج : بل ولدت قبل الطلاق فعليك العدة بالأقراء ففيه خمس مسائل :

(احداهن) اذا اتفقا على وقت الودلاة واختلفا فى وقت الطـلاق بأن اتفقا أنها ولدت يوم الجمعة فقالت : طلقتنى يوم الخميس ، وقال الزوج : بل طلقتك يوم السبت فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن هذا اختلاف فى قوله وهو أعلم به •

(الثانية) اذا اتفقا على وقت الطلاق واختلفا فى وقت الولادة مثل أن اتفقا أنه طلقها يوم الجمعة ، فقالت الزوجة : ولدت يوم السبت وقال الزوج : بل ولدت يوم الخميس فالقول قولها مع يمينها لأن الولادة من فعلها وهى أعلم بها •

(الثالثة) اذا قال الزوج طلقتك بعد الولادة وقالت هى بل طلقتنى قبل الولادة ولم يتفقا على وقت الولادة ولا على وقت الطلاق فالقول قول الزوج مع يمينه لأن الأصل بقاء العدة عليها •

(الرابعة) اذا جهلا جميعاً أن الطلاق وقع قبل الولادة أو بعدها ولم يدعيا سبق أحدهما فعليها العدة بالاقراء لأن الأصل بقاؤها وله أن يراجعها والورع أن لا يراجعها لاحتمال أن تكون الولادة بعد الطلاق •

(الخامسة) اذا علم أحدهما وجهل الآخر مثل أن قال الزوج طلقتك بعدة الولادة ، وقالت لا أعلم هل طلقتنى قبل الولادة أو بعدها قلنا لها ليس هذا بجواب اما أن تجيبينى بتصديقه أو تكذيبه والا جعلناك ناكلة وحلف وكانت عليك العدة ولو كانت هى العالمة وهو الجاهل مثل ان قالت طلقتنى ثم ولدت بعده ، وقال الزوج لا أدرى هل طلقت قبل الولادة أو بعدها ، قلنا له : اما أن تجيب بتصديقها أو تكذيبها ، والا جعلناك ناكلا وحلفناك وحكمنا بانقضاء عدتها كما يقول فيمن ادعى على رجل دينا ، فقال المدعى عليه : لا أدرى فانه يقال اما أن تصدقه أو تكذبه أو يجعلك ناكلاً ويحلف المدعى ويستحق •

فــرع روى المزنى عن الشـافعى لو صارت الى بلد أو منـزل باذنه ولم يقل لها أقيمى أو لا تقيمى ثم طلقها ، فقال لم أنقلك وقالت : نقلتنى

فالقول قولها وجملة ذلك أنه اذا أذن لها فى الخروج الى المنزل ، أو بلد ثم طلقها واختلفا فقالت نقلتنى الى هذا الموضع ، وقال ما نقلتك .

فقد اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال الظاهر ما نقله المزنى ، وأن القول قولها لأنه أذن لها فى المضى الى الموضع ظاهر الانتقال فكانت دعواها موافقة للظاهر . وقال أبو اسحق ان قال لها انتقلى الى المنزل الفلانى ، أو اذهبى أو صيرى اليه أو أقيمى فيه ثم اختلفا فقالت نقلتنى للسكنى فيه وقال بل نقلتك اليه للاقامة فيه مدة فالقول قولها لأن الظاهر من قوله أقيمى أنه أراد على التأبيد ، وان قال لها اذهبى اليه ، أو صيرى اليه ولم يقل فالقول قول الزوج لأنه يحتمل النقلة للسكنى وللاقامة مدة فكان القول قول الزوج وحمل النص على الأولة دون الثانية ومن أصحابنا من قال الحكم كما ذكر أبو اسحق لأن المزنى نقل القول قولها فى المسألتين معاً لأنه قال ولم يقل لها أقيمى أو لا تقيمى الا أن ما نقله أخطأ فيه ، وانما القول قولها اذا اختلفت هى وورثة الزوج لأنها أستوفت هى والورثة فى قصد الزوج الا أن الظاهر معها لأن الأمر بالخروج يقتضى خروجاً من غير عودة فكان القول قولها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب استبراء الأمة وأم الولد

من ملك امة ببيع او هبة او ارث او سبى او غيرها من الأسباب لزمه ان يستبرئها لما روى ابو سعيد الخدرى رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عام اوطاس ان لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تحيض حيضة » . فان كانت حاملا استبراها بوضع الحمل لحديث ابى سعيد الخدرى ، وان كانت حائلا نظرت فان كانت مما تحيض استبراها بقرء ، وفى القرء قولان :

(احدهما) انه طهر لانه استبراء فكان القرء فيه الطهر كالعدة .

(والثانى) ان القرء حيض ، وهو الصحيح ، لحديث ابى سعيد ، ولان براءة الرحم لا تحصل الا بالحيض ــ فان قلنا ان القرء هو الطهر ــ فان كانت عند

وجوب الاستبراء طاهراً كانت بقية الطهر قرءاً ، فان طعنت فى الحيض لم تحل حتى تحيض حيضة كاملة ليعلم براءة رحمها ، فاذا طعنت فى الطهر الثانى حلت . وان كانت حائضاً لم تشرع فى القرء حتى تطهر ، فاذا طعنت فى الحيض الثانى حلت وان قلنا ان القرء هو الحيض ، فان كانت حال وجوب الاستبراء طاهراً لم تشرع فى القرء حتى تحيض ، فاذا طعنت فى الطهر الثانى حلت ، وان كانت حائضاً لم تشرع فى القرء الا فى الحيضة الثانية لان بقية الحيض لا تعد قرءاً فاذا طعنت فى الطهر الثانى حلت .

وان وجب الاستبراء وهى ممن تحيض فارتفعت حيضتها كان حكمها فى الانتظار حكم المطلقة اذا ارتفع حيضها . وان وجب الاستبراء وهى ممن لا تحيض لصغر او كبر ففيه قولان :

(احدهما) تستبرأ بشهر لان كل شهر فى مقابلة قرء .

(والثانى) تستبرأ بثلاثة اشهر - هو الصحيح - لان ما دونها لم يجعل دليلا على براءة الرحم .

فصــــل وان ملكها وهى مجوسية او مرتدة او معتدة او ذات ازواج لم يصح استبراؤها فى هذه الأحوال ، لان الاستبراء يراد للاستباحة ولا توجد الاستباحة فى هذه الأحوال ، وان اشتراها فوضعت فى مدة الخيار او حاضت فى مدة الخيار ، فان قلنا انها لا تملك قبل انقضاء الخيار لم يعتد بذلك عن الاستبراء لأنه استبراء قبل الملك ، وان قلنا : انها تملك ففيه وجهان :

(احدهما) لا يعتد به لان الملك غير ام لأنه معرض للفسخ .

(والثانى) يعتد به لأنه استبراء بعد الملك وجواز الفسخ لا يمنع الاستبراء، كما لو استبراها وبها عيب لم يعلم به ، وان ملكها بالبيع ، او الوصية او حاضت قبل القبض ففيه وجهان :

(احدهما) لا يعتد به لان الملك غير تام .

(والثانى) يعتد به لأنه استبراء بعد الملك ، وللشافعى رحمه الله ما يدل على كل واحد من الوجهين ، وان ملكها بالارث صح الاستبراء ، وان لم تقبض لان الموروث قبل القبض كالمقبوض فى تمام الملك وجواز التصرف .

فصــــل وان ملك امة وهى زوجته لم يجب الاستبراء لأن الاستبراء

لبراءة الرحم من ماء غيره ، والمستحب ان يستبرئها لان الولد من النكاح مهاوك ومن ملك اليمين حر فاستحب ان يميز بينهما .

فصــــل وان كانت امته ثم رجعت اليه بالفسخ ، او باعها ثم رجعت اليه بالاقالة لزمه ان يستبرئها لأنه زال ملكه عن استمتاعها بالعقد وعاد بالفسخ فصار كما لو باعها ثم استبرأها ، فان رهنها ثم فكها لم يجب الاستبراء لأن بالرهن لم يزل ملكه عن استمتاعها لأن له ان يقبلها وينظر اليها بالشهوة . وانما منع وطئها لحق المرتهن وقد زال حقه بالفكاك فحلت له .

وان ارتد المولى ثم أسلم او ارتدت الأمة ثم اسلمت وجب استبراؤها لانه زال ملكه عن استمتاعها بالردة وغاد بالاسلام . وان زوجها ثم طلقت فان كان قبل الدخول لم تحل له حتى يستبرئها ، لأنه زال ملكه عن اسـتمتاعها وعاد بالطلاق ، وان كان بعد الدخول وانقضاء العدة ففيه وجهان :

(احدهما) لا تحل له حتى يستبرئها لانه تجدد له الملك على استماعها فوجب استبراؤها ، كما لو باعها ثم اشتراها .

(والثانى) تحل له وهو قول ابى على بن ابى هريرة لأن الاستبراء يـــراد لبراءة الرحم وقد حصل ذلك بالعدة .

فصــــل ومن وجب استبرؤها حرم وطؤها ، وهل يحرم التلذذ بها بالنظر والقبلة ؟ ينظر فيه فان ملكها ممن له حرمة لم يحل له ، لانه لا يؤمـــن ان تكون ام ولد لمن ملكها من جهته ، وان ملكها ممن لا حرمة له كالمسبية ففيـــه وجهان :

(احدهما) لا تحل له لأن من حرم وطؤها بحكم الاستبراء حرم التلذذ بها ، كما لو ملكها ممن له حرمة .

(والثانى) انها تحل لما روى عن ابن عمر رضى الله عنه انه قال : « خرجت فى سهمى يوم جلولاء جارية كان عنقها ابريق فضة ، فما ملكت نفسى ان قمت اليها فقبلتها والناس ينظرون » ولأن المسبية يملكها حاملا كانت او حائلا فلا فيكون التلذذ بها الا فى ملكه ، وانما منع من وطئهــا حتى لا يختلط ماؤه بماء مشرك ، ولا يوجد هذا فى التلذذ بالنظر والقبلة ، وان وطئت زوجته بشبهة لم يحل له وطؤها قبل انقضاء العدة لانه يؤدى الى اختلاط المياه وافساد النسب .

وهل له التلذذ بها فى غير الوطء على ما ذكرناه من الوجهين فى المسبية لانهـا زوجته حاملا كانت ، او حائلا .

فصــــل ومن ملك امة جاز له بيعها قبل الاستبراء لانا قد دللنا على انه يجب على المشترى الاستبراء فلم يجب على البائع لأن براءة الرحم تحصل باستبراء المشترى ، وان اراد تزويجها نظرت فان لم يكن وطئها جاز تزويجهـا من غير استبراء لانها لم تصر فراشاً له ، وان وطئها لم يجز تزويجهـا قبــل الاستبراء لانها صارت بالوطء فراشاً له .

فصــــل وان اعتق ام ولده فى حياته ، او عتقت بموته لزمها الاستبراء لانها صارت بالوطء فراشاً له وتستبرا كما تستبرا المسبية لانه استبراء بحكم اليمين فصار كاستبراء المسبية ، وان اعتقها ، او مات عنهـا وهى مزوجة او معتدة لم يلزمها الاستبراء لانه زال فراشه قبل وجوب الاستبراء فلم يلزمهـا الاستبراء ، كما لو طلق امراته قبل الدخول ثم مات ، ولأنها صارت فراشــاً لغيره فلا يلزمها لاجله استبراء . وان زوجها ثم مات ومات الزوج ولم يعـلم السابق منهما لم يخل اما ان يكون بين موتهما شهران وخمسة ايام فما دون اكثر ولا يعلم مقدار ما بينهما فان كان بينهما شهران وخمسة ايام فما دون لم يلزمها الاستبراء عن المولى لانه ان كان المولى مات اولا فقد مات وهى زوجة فلا يجب عليها الاستبراء ، وان مات الزوج اولا فقد مات المولى بعــده وهى معتدة من الزوج فلا يلزمها الاستبراء ، وعليها ان تعتد باربعة اشهر وعشر من بعدموت احدهما لانه يجوز ان يكون قد مات المولى اولا فعتقت ثم مات الزوج فيلزمها عدة حرة ، وان كان بين موتهما اكثر من شهرين وخمس ليال لزمهـا ان تعتد من بعد آخرهما موتاً باكثر الامرين من اربعة اشهر وعشر او حيضة ، لانه ان مات الزوج اولا فقد اعتدت منه بشهرين وخمسة ايام وعادت فراشـاً للمولى ، فاذا مات لزمها أن تستبرىء بحيضة ، وان مات المولى اولا لم يلزمها استبراء فاذا مات الزوج لزمتها عــدة حرة فوجب الجمع بينهـما ليسقط الفرض بيقين ، وان لم يعلم قدر ما بين المدتين من الزمان وجب ان تاخــذ بأغلظ الحالين ، وهو ان يكون بينهما اكثر من شهرين وخمسة ايام فتعتــد بأربعة اشهر وعشر أو حيضة ليسقط الفرض بيقين ، كما يلزم من نسي صلاة من صلاتين قضاء الصلاتين ليسقط الفرض بيقين ولا يوقف لها شىء من تركة الزوج لأن الاصل فيها الرق فلم تورث مع الشك .

فصــــل وان كانت بين رجلين جارية فوطئاها ففيها وجهان :

(احدهما) يجب استبراءان لانه يجب لحقهما فلم يدخل احدهما فى الآخر كالعدتين .

(والثانى) يجب استبراء واحد ، لان القصد من الاستبراء معرفة براءة الرحم ، ولهذا لا يجب الاستبراء باكثر من حيضة وبراءة الرحم منهما تحصل باستبراء واحد .

فصـــل اذا استبرا امته ثم ظهر بها حمل فقال البائع هو منى وصدقه المشترى لحقه الولد والجارية ام ولد له والبيع باطل ، وان كذبه المشـــترى نظرت ، فان لم يكن اقر بالوطء حال البيع لم يقبل قوله لان الملك انتقل الى المشترى فى الظاهر فلم يقبل اقراره بما يبطل حقه ، كما لو باعه عبداً ثم اقر انه كان غصبه او اعتقه . وهل يلحقه نسب الولد ؟ فيه قولان :

قال فى القديم والاملاء يلحقه لانه يجوز ان يكون ابنا لواحد ومملوكا لغيره وقال فى البويطى لا يلحقه لأن فيه اضراراً بالمشترى لانه قد يعتقه فيثبت له علية الولاء ، واذا كان ابناً لغيره لم يرثه ، فان كان قد اقر بوطئها عند البيع ، فان كان قد كان قد استبراها ثم باعها نظرت فان أتت بولد لدون ستة اشـــهر لحقه نسبه وكانت الجارية ام ولد له ، وكان البيع باطلا ، وان ولدته لســـتة اشهر فصاعداً لم يلحقه الولد ، لانه لو استبراها ثم اتت بولد وهى فى ملكه لم يلحقه ، فلان لا يلحقه وهى فى ملك غيره اولى ، فان لم يكن المشترى قد وطئهـــا كانت الجارية والولد مملوكين له . وان كان قد وطئها ، فان أتت بولد لدون ستة اشهر من حين الوطء فهو كما لو لم يطأها ، لأنه لا يجوز أن يكون منـــه وتكون الجارية والولد مملوكين له ، وان اتت بولد لستة اشهر فصاعداً لحقه الولد ، وصارت الجارية ام ولد له لأن الظاهر انه منه . وان لم يكن استبرأها البائع نظرت فان ولدت لدون ستة أشهر مع وقت البيع لحق البائع ، وكانت الجارية أم ولد له ، وكان البيع باطلا ، وان ولدته لستة أشهر نظرت فان لم يكن قد وطئها المشترى فهو كالقسم قبله لانها لم تصر فراشاً له ، وان وطئها فولدت لستة اشهر من وطئها عرض الولد على القافة ، فان الحقته بالبائع لحق به ، وان الحقته بالمشترى لحقه ، وقد بينا حكم الجميع) .

الشرح حديث أبى سعيد الخدرى أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم وصححه وأسناده حسن ، وهو عند الدارقطنى من حديث ابن عباس ، وأعل بالارسال ، وعند الطبرانى من حديث أبى هريرة باسناد ضعيف .

وأخرج أحمد ومسلم وأبو داود عن أبى الدرداء عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه « أتى على امرأة مجح على باب فسطاط فقال : لعله يريد أن يلم بها ؟ فقالوا نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لقد هممت أن ألعنه لعنة تدخل معه قبره ، وكيف يورثه وهو لا يحل له ؟ كيف يستخدمه وهو لا يحل له » وفى مسند أبى داود الطيالسى وقال : « كيف يورثه وهو لا يحل له ، وكيف يسترقه وهو لا يحل له » والمجح هى الحامل المقرب •

وأخرج ابن أبى شيبة من حديث على مرفوعاً « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » وفى اسناده ضعف وانقطاع •

قوله « عام أوطاس » هو واد فى ديار هوازن • قال القاضى عياض : وهو موضع الحرب بحنين ؛ وهو ظاهر كلام أصحاب السير • قال الحافظ ابن حجر : والظاهر أن وادى أوطاس غير وادى حنين (أما بعد) :

هذا الباب من مفاخر الاسلام ، الدالة على أعظم الحكم ، وأسمى ضروب التربية على أكرم الفضائل وأطهر المثل ، ذلك أن جيش الاسلام حين يظفرون بعدوهم فيقع فى أسرهم النساء على اختلاف ألوانهن ، من عذارى كواعب ، الى نصف بضة تثير شبق الرجال ، والرجل المسلم المقاتل قد بعد موضعه عن مواطن أهله ، وهو فى فتوته وشدة بأسه بالمحل الذى يضاعف من شبقه وشهوته ، تأتى الشريعة الغراء فتقول له : قف مكانك لا تقرب هذه السبية ولا تنز عليها وتربص بها حيضة ان كانت حائلا ، أو وضعاً ان كانت حاملا ، ان لذلك من الأثر البعيد فى تهذيب النفوس وتنمية الارادة وتزكية السلوك المسلم ما يضفى على هذا الركب النورانى الذى يسمى بالجيش الفاتح من الجلال والروعة ما جعل الاسلام يسبقهم بنوه ، ففتح بهم قلوباً غلفاً ، وأعيناً عمياً ، وآذاناً صماً ، حتى لقد كسدت فى أسواقهم تلك الاجسام النسائية المسبية • وفى هذه الصورة يقول المتنبى فى نساء الروم :

يبكى عليهن البطاريق فى الضحى وهن لدينا ملقيات كواسد
بذا قضت الأيام ما بين أهلها مصائب قوم عند قوم فوائد

ثم أن هذه المسبية على ضعفها وعزلائيتها وتجردها قد أحاطها الاسلام بدرعه المنيع وحمايتها من أن تسلب حرية العقيدة فلم يبح اكراهها على الاسلام أن أرادت البقاء على دينها .

قال الامام الشوكانى : ولا يشترط فى جواز وطء المسبية الاسلام ، ولو كان شرطاً لبينه صلى الله عليه وسلم ـ ولم يبينه ـ ولا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة ، وذلك وقتها ، ولا سيما وفى المسلمين يوم حنين وغيره من هو حديث عهد بالاسلام يخفى عليهم مثل هذا الحكم . وتجويز حصول الاسلام من جميع السبايا وهى فى غاية الكثرة بعيد جداً ، فان اسلام مثل عدد المسبيات فى أوطاس دفعة واحدة من غير اكراه لا يقول بأنه يصح تجويزه عاقل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الرضاع

اذا ثار للمراة لبن على ولد فارتضع منها طفل له دون الحولين خمس رضعات متفرقات صار الطفل ولداً لها في حكمين : في تحريم النكاح ، وفي جـــواز الخلوة واولاده اولادها . وصارت المــراة أما له وامهاتهـا جـداته ، وآباؤها اجداده ، واولادها اخوته وأخواته ، واخوتها واخواتها أخواله وخالاته . وان كان الولد ثابت النسب من رجل صار الطفل ولداً له واولاده اولاده ، وصـــار الرجل اباً له ، وآباؤه اجداده وامهاته جداته واولاده اخوته ، واخوته اعمامه وعماته والدليل عليه قوله تعالى : « وامهاتكم اللاتي ارضعنكم ، واخواتكم من الرضاعة ، فنص على الأمهات والأخوات ، فدل على ما سواه .

وروى ابن عباس رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اريد على ابنة حمزة بن عبد المطلب فقال انها ابنة أخي من الرضاعة ، وانه يحرم مـــن الرضاع مثل ما يحرم من النسب .

وروت عائشة رضى الله عنها « ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : يحــرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة » .

وروت عائشة رضي الله عنها « ان افلح اخا ابي القعيس استاذن عليها فابت ان تاذن له ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : افلا اذنت لعمك ؟ فقالت يا رسول الله انما ارضعتني المراة ولم يرضعني الرجل ، قال : فاذني له فانه عمك . وكان ابو القعيس زوج المراة التي ارضعت عائشة رضي الله عنها » ولان اللبن حدث للولد ، والولد ولدهما ، فكان المرضع باللـــبن ولدهما .

فصـــل وتنتشر حرمة الرضاع من الولد الى اولاده واولاد اولاده . ذكوراً كانوا او اناثاً . ولا تنتشر الى امهاته وآبائه واخوته واخواته . ولا يحرم على المرضعة ان تتزوج بابي الطفل ولا باخيه . ولا يحرم على زوج المرضـــعة الذي ثار اللبن على ولده ان يتزوج بام الطفل ولا باخته ، لقوله صلى الله عليـــه

وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وحرمة النسب فى الولد تنتشر الى امهاته وآبائه ، ولا الى اخوته واخواته فكذلك الرضاع .

الشرح قوله تعالى فى سورة النساء « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » قرأ عبد الله « اللائى » بغير تاء ، كقوله تعالى « واللائى يئسن من المحيض » أما حديث ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم أريد على ابنة حمزة فقال انها لا تحل لى ، انها ابنة أخى من الرضاعة ويحرم من الرضاعة ما يحرم من الرحم » وفى لفظ « من النسب » أخرجه أحمد والبخارى ومسلم . وحديث عائشة أخرجه أحمد والشيخان وأصحاب السنن الأربعة والدارقطنى ، أما حديث عائشة فأخرجه البخارى فى الشهادات عن محمد بن أبى كثير وعن آدم . وفى النكاح عن أبى الوليد ومسلم فى النكاح عن هناد . وعن عبد الله بن معاذ وعن قتيبة والحلوانى ومحمد بن رافع وأبو داود فيه عن حفص بن عمرو عن محمد بن كثير والنسائى فيه عن هناد وعن قتيبة والربيع بن سليمان واسحاق بن ابراهيم ، وأخرجه ابن ماجه عن أبى بكر بن أبى شيبة .

اما اللغات فالرضاع بكسر الراء وفتحها . والرضاعة بالفتح لا غير . وحكى الهروى الكسر فيها أيضاً ــ أفاده ابن بطال ــ أما الفعل رضع فهو من تعب فى لغة نجد ورضع رضعا من باب ضرب لغة لأهل تهامة . وأهل مكة يتكلمون بها وبعضهم يقول أصل المصدر من هذه اللغة كسر الضاد ، وانما السكون تخفيف مثل الحلف والحلف بسكون اللام وكسرها . ورضع يرضع بفتحتين لغة ثالثة رضاعا . ورضاعة بفتح الراء . وأرضعته أمه فارتضع فهى مرضع ومرضعة أيضاً .

وقال الفراء وجماعة ان قصد حقيقة الوصف بالارضاع فمرضع بغير هاء . وان قصد مجاز الوصف بمعنى أنها محل الارضاع فيما كان أو سيكون فبالهاء وعليه قوله تعالى « تذهل كل مرضعة عما أرضعت » ونساء مراضع ومراضيع . وراضعته مراضعة ورضاعا . ورضاعة بالكسر وهو رضيعى . والرضعتان

الثنيتان اللتان يشرب عليهما اللبن • ويقال الراضعة الثنية اذا سقطت والجمع الرواضع •

قال أبو زيد : الراضعة كل سن سقطت من مقادمه • ويقال لؤم ورضع على الأزدواج • وذلك اذا مص من الخلف مخافة أن يعلم به أحد اذا حلب فيطلب منه شيئاً فهو راضع • ولو أفرد قيل رضع مثل تعب أو ضرب والجمع رضع •

قوله « أريد على ابنة حمزة » أى طلب وأصله من راد مرود اذا طلب المرعى وفى الحيز « ان الرائد لا يكذب أهله » وفى حديث « فليرتد لبوله » ومنه قوله « أنا راودته عن نفسه » والذى أراد من النبى صلى الله عليه وسلم أن يتوزجها هو على رضى الله عنه كما فى صحيح مسلم ؛ وقد اختلف فى اسم ابنة حمزة • أمامة وسلمى وفاطمة وعائشة وأمة الله وعمارة ويعلى ، وانسا كانت ابنة أخى النبى صلى الله عليه وسلم لأنه صلى الله عليه وسلم رضع من ثويبة وقد كانت أرضعت حمزة •

وأفلح قال الشوكانى هو مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم • وليس بصحيح اذ أن أفلح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم • قال ابن منده • أراه هو الذى قال له النبى صلى الله عليه وسلم « ترب وجهك » ؛ قال ابن الأثير فى أسد الغابة : روى له أبو نعيم حديث أم سلمة قالت « رأى النبى صلى الله عليه وسلم غلاماً لنا يقال له أفلح ينفخ اذا سجد ، فقال له « ترب وجهك » وروى حبيب المكى عن أفلح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « أخاف على أمتى من بعدى ضلالة الأهواء واتباع الشهوات والطفلة بعد المعرفة » أخرجه ثلاثتهم — يعنى ابن منده وأبو نعيم وأبو عمر ابن عبد البر — قلت واسم أفلح هذا رباح •

أما أفلح بن أبى القعيس أو أبو القعيس وقيل أخو أبى القعيس فقال

ابن الأثير [1] صاحب الاصابة أخبرنا أبو المكارم فتيان الجوهري بأسناد عن القعنبي عن مالك عن ابن شهاب عن عروة عن عائشة وساق الحديث وقال : ورواه سفيان بن عيينة ومعمر عن الزهري نحوه • ورواه ابن نمير وحماد ابن زيد عن هشام بن عروة عن أبيه فقال : « ان أخا أبي القعيس » وكذلك رواه عطاء عن عروة ، ورواه عباد بن منصور عن القاسم بن محمد قال : حدثنا أبو القعيس أنه جاء الى عائشة رضي الله عنها فذكر نحوه والصحيح أنه أخو أبي القعيس •

اما الأحكام فان للرضاع تأثيراً في تحريم النكاح وفي ثبوت الحرمة في جواز النظر والخلوة والأصل فيه قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » الى قوله : « وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » •

فذكر الله في جملة الأعيان المحرمات الأم من الرضاعة والأخت من الرضاعة فدل على أن له تأثيراً في التحريم ، وروت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة » ، وروى سعيد بن المسيب عن علي رضي الله عنه قال : يا رسول الله هل لك في ابنة عمك حمزة فانها أجمل فتاة في قريش فقال : « أما علمت أن حمزة أخي من الرضاعة وان الله حرم من الرضاعة ما حرم من النسب » •

ويدل على ثبوت الحرمه ما روى أن وفد هوازن قدموا على النبي صلى الله عليه وسلم فكلموه في سبي أوطاس فقال رجل من بني سعد : يا محمد انا لو كنا ملحنا للحرث بن أبي شمر أو للنعمان بن المنذر ثم نزل منزلك هذا منا لحفظ ذلك لنا وأنت خير المكفولين فاحفظ ذلك ، وانما قالوا له ذلك لأن حليمة التي أرضعت النبي صلى الله عليه وسلم كانت من بني سعد بن بكر ابن وائل ، ولم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم قولهم ومعنى قولهم ملحنا

---

(1) أبناء الأثير ثلاثة اخوة ، الاكبر هو مجد الدين ابو السعادات المبارك ابن محمد صاحب النهاية في غريب الحديث واوسطهم عز الدين ابو الحسن صاحب أسد الغابة والكامل في التاريخ ، واصغرهم هو ضياء الدين ابو الفتح نصر الله صاحب « المثل السائر في ادب الكاتب والشاعر » وكان أحد وزراء الملك الأفضل بن صلاح الدين الأيوبي .

أي أرضعنا والملج الرضاع وروى الباجي فى كتابه عن أبي الطفيل أنه قال : رأيت النبي صلى الله عليه وسلم بالجعرانة وهو يقسم لحما فجاءته امرأة فدنت منه ففرش لها النبي صلى الله عليه وسلم ازاره فجلست عليه فقلت من هذه ؟ قالوا : هذه أمه التي أرضعته وانما أكرمها لأجل الحرمة التي حصل بينهما بالرضاع فدل على ان الحرمة تثبت به .

اذا ثبت هذا فبلغت المرأة سن الحيض وثار لها لبن فانه يكون طاهراً ناشراً للحرمة يجوز بيعه ويضمن بالاتلاف ، ويجوز الاستئجار عليه قال المسعوذي : وتحكم ببلوغها بذلك سواء ولدت قبله أو لم تلد وحكى ابن القاص وجهاً آخر اذا نزل بها لبن على غير ولد فهو كلبن الرجل لا حرمة له والأول أصح لأن حبسه معتاد ، وأما اذا نزل للمرأة لبن قبل أن تستكمل تسع سنين فلا يثبت له حرمة ولا تنتشر الحرمة بارضاعه ويكون بخساً ولا يجوز بيعه ولا يضمن بالاتلاف ولا يجوز عقد الاجارة عليه قال الشاشي وان باع أمة فيها لبن بلبن آدمية صح البيع ، وان باع شاة فى ضرعها لبن بلبن شاة لم يصح البيع والفرق بينهما أن لبن الشاة فى الضرع حكمه حكم العين ولهذا لا يجوز عقد الاجارة عليه ولبن الآدمية فى ضرعها ليس له حكم العين بل هو كالمنفعة ولهذا يجوز عقد الاجارة عليه . وان باع لبن آدمية متفاضلا لم يصح .

فــــرع اذا ثار للمرأة لبن على ولد ثابت النسب من رجل وأرضعت به طفلا رضاعاً تاما انتشر حكم الرضاع فى التحريم والحرمة بين الرضيع وبين المرضعة وبين الرضيع وبين الفحل وهو أبو ولد المرأة الذى ثار اللبن له ، وبه قال على بن أبي طالب وابن عباس وعطاء وطاوس ومجاهد ومالك والليث والثورى وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال ابن عمر وابن الزبير لا يثبت التحريم بين الرضيع وبين الفحل فيجوز للفحل أن ينكح بالرضع ان كان بينا ويجوز للرضيع أن ينكح بأخت الفحل ان كان الرضيع رجلا وبأخيه ان كان الرضيع بينا وبه قال ابن المسيب وسليمان بن يسار وربيعة وحماد والأصم وابن عليه لقوله تعالى « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » فدليل خطابه أنه يجوز له أن ينكح حليلة ابنه من الرضاع دليلنا ما روى عن على أنه قال :

قلت للنبي صلى الله عليه وسلم : هل لك في ابنة عمك حمزة فانها أجمل فتاة في قريش ؟ فقال : أما علمت أن حمزة أخي من الرضاعة وأنه يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب ، وروت عائشة قالت : استأذن على أفلح أخو أبي القعيس بعد ما ضرب الحجاب فلم آذن له فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك ؛ قال أذني له فانه عمك من الرضاعة ، فقلت يا رسول الله انما أرضعتني امرأة ألخيه ، فقال : « أذني له فانه عمك . وفي رواية قال انه عمك فليلج عليك » ولأن اللبن ثار للولد وهو مخلوق من مائهما فكان اللبن لهما وأما الآية فانه قيده بابنه من الصلب لأن حليلة الابن من التبني لا تحرم لأن التبني كان مباحاً في صدر الاسلام وكان النبي صلى الله عليه وسلم تبنى زيد بن حارثة وكان يقال له زيد بن محمد ثم طلق زيد زوجته وتزوجها النبي صلى الله عليه وسلم .

اذا ثبت هذا فان الحرمة تنشر منهما اليه فيصير كأنه ابنهما من النسب وتنشر الحرمة منه اليهما فأما انتشار الحرمة منهما اليه فلا يجوز للرضيع أن يتزوج بالمرضعة لأنها أمه من الرضاع ويكون أمهاتها جدات الرضيع وآباؤها أجداده وأخوتها وأخواتها أخواله وخالاته ويكون أولادها من الفحل وغيره اخوته وأخواته وأولاده أولادها أولاد أخوته وأولاد أخواته ويكون الفحل أبا الرضيع وأولاده من المرضعة وغيرها أخوته وأخواته و يكون آباء الفحل أجداده وأمهاته جداته واخوته وأخواته أعمامه وعماته لأن الله تعالى نص على تحريم الأم والأخت من الرضاع لينبه بهما على من سواهما من المحرمات بالسنة وقال صلى الله عليه وسلم : « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » وهؤلاء يحرمن من النسب فكذلك من الرضاع وأما انتشار الحرمة من الرضيع الى المرضعة والفحل فانه يحرم عليهما نكاحه ويحرم عليهما نسله ولا يحرم عليهما من هو في طبقته ولا من هو أعلى منه فيجوز للمرضعة أن تتزوج بأخ الرضيع ونسله وبأبي الرضيع وأجداده وأعمامه وأخواله ويجوز للفحل أن يتزوج بأخت الرضيع وبناتها وبأم الرضيع وجداته وعماته وخالاته ويجوز لأب الرضيع أن يتزوج بالمرضعة وأختها لقوله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب » وحرمة النسب في الولد ينتشر الى أولاده

ولا تنتشر الى أمهاته وآبائه واخوته وأخـواته وكذلك فى الرضـاع قال أبو عبيد : والرضاعة اذا كان فيها بفتح الراء الاختلاف فيه وأما الرضـاع بغيرها فيقال بفتح الراء وكسرها •

فـــرع اذا كان هناك أخوان لكل واحد منهما زوجة ولأحـدهما ابنة من زوجته فأرضعتها امرأة عمها بلبن عمها فان الرضيعة تصـير ابنـة للمرضعة ولزوجها فان ولدت هذه المرضعة أولاداً من زوجها فهم اخوة الرضيعة من الرضاع لأبيها وأمها وبنو عمها من النسب فلا يحل لهم نكاحها وان ولدت المرضعة أولاداً من غير زوجها فهم اخوة الرضيعة من أمها وان رزق عمهـا أولاداً من غير زوجته المرضعة فهم اخوة الرضيعة لأب من الرضاع وبنـو عمها من النسب فلا يحل لهم نكاحهـا وما تلده أم الرضـيعة مـن النسب لا يحرمون على أولاد أمها من الرضاع لأنهم اخوة أخيهم وليسوا باخوة لهم ومثل هذا يسرع فى النسب ولهذا لو أن رجلا له ابن تزوج بامرأة لها ابنة جاز لابن الرجل أن يتزوج بابنة زوجة أبيه •

اذا ثبت هذا فانه لا يقتضى التحريم من الرضاع الا خمس رضـعات معلومات والرضاع المقتضى للتحريم هو الواصل الى الجوف مع الاشباع ، فاذا أرضعت المرأة طفلا حرمت عليه لأنها أمه وبنتها لأنها أخته ، وأختهـا لأنها خالته وأمها لأنها جدته وبنت زوجها صاب اللبن لأنها أخته ، وأخته لأنها عمته وأمه لأنها جدته ؛ وبنات بنيها وبناتها لأنهن بنات اخـوته وأخواته ، ويشترط فى الارضاع شرطان :

(أحدهما) خمس رضعات لحديث عائشة الذى سيأتى • وفى حـديث سهلة « أرضعيه خمس رضعات يحرم بهن » •

(الشرط الثانى) أن يكون فى الحولين ، فان كان خارجا عنهما لم يحرم كما سيأتى وقد استدل بقوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » من نفى لبن الفحل ، وهو سعيد ابن المسيب وابراهيم النخعى وأبو سلمة بن عبـد الرحمن • وقالوا لبن الفحل لا يحرم شيئاً من قبل الرجل ، وقال الجمهور :

قوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » يدل على أن الفحــل أب ، لأن اللبن المنســوب اليه ، فانه در بسبب ولده ــ وهذا ضعيف ــ فان الولد خلق من ماء الرجل والمرأة جميعاً . واللبن من المرأة ولم يخرج من الرجل . وما كان من الرجل الا وطء هو سبب لنزول الماء منه ، واذا فصل الولد خلق الله اللبن من غير أن يكون مضافاً الى الرجل بوجه ما . ولذلك لم يكن للرجــل حق فى اللبن وانما اللبن لها فلا يمكن أخذ ذلك من القياس على الماء ، وقول رســول الله صلى الله عليه وسلم « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » يقتضى التحريم من الرضاع ولا يظهر وجه نسبة الرضاع الى الرجل . مثل ظهور نسبة الماء اليه والرضاع منها .

نعم . الأصل فيه حديث « ان أفلح أخا القعيس جاء يستأذن عليها وهو عمها من الرضاعة بعد أن نزل الحجاب قالت : فأبيت أن آذن له ، فلما جاء النبى صلى الله عليه وسلم أخبرته فقال : ليلج عليك فانه عمك تربت يمينك » وكان أبو القعيس زوج المرأة التى أرضعت عائشــة رضى الله عنهــا ، قال القرطبى وهذا خبر واحد . ويحتمل أن يكون أفلح مع أبى بكر رضيعى لبان فلذلك قال ليلج عليك عمك . وبالجملة فالقول فيه مشكل والعلم عند الله ولكن العمل عليه . والاحتياط فى التحريم أولى مع أن قول الله تعــــالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » يقوى قول المخالف ا هـ .

وقوله تعالى « وأخواتكم من الرضاعة » وهى الأخت لأب وأم . وهى التى أرضعتها أمك بلبان أبيك . سواء أرضعتها معك أو ولدت قبلك أو بعدك . والأخت من الأب دون الأم . وهى التى أرضعتها زوجة أبيك . والأخت من الأم دون الأب وهى التى أرضعتها أمك بلبان رجل آخر ، ثم ذكر التحريم بالمصاهرة فقال « وأمهات نسائكم » والصهر أربع : أم المرأة وابنتها وزوجة الأب وزوجة الابن : فأم المرأة تحرم بمجرد العقد الصــحيح على ابنتها .

اذا تقرر هذا فان تحريم الأم والأخت ثبت بنص الكتاب . وتحريم البنت ثبت بالتنبيه . فانه اذا حرمت الأخت فالبنت أولى وســائر المحــرمات ثبت

تحريمهن بالسنة وتثبت المحرمية لأنها فــرع على التحــريم اذا كان بسبب مباح .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ولا يثبت تحريم الرضاع فيما يرتضع بعد الحولين لقـوله تعالى : « والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة فجعل تمام الرضاع في الحولين فدل على انه لا حكم للرضاع بعد الحولين .

وروى يحيى بن سعيد أن رجلا قال لأبي موسى الأشعري « انى مصصت من ثدى امراتى فذهب فى بطنى . قال ابو موسى لا اراه الا قــد حرمت عليك . فقال عبد الله ابن مسعود : انظر ما تفتى به الرجل . فقال ابو موسى فما تقول انت ؟ فقال عبد الله : لا رضاع الا ما كان في الحولين . قال ابو موسى لا تسالونى عن شيء ما دام هذا الحبر بين اظهركم » .

وعن ابن عباس رضى الله عنه قال : (لا رضاع الا ما كان فى الحولين) .

الشرح الرضاع مؤقت فلا يثبت التحريم بما يرضعه الطفل بعــد استكماله حولين وبه قال عمر وابن عمر وابن عباس وابن مسعود وهو قــول محمد وأبى يوسف وقال أبو حنيفة : يثبت التحريم فيما يرضعه الطفل فى ثلاثين شهراً ؛ وقال زفر يثبت التحريم فيما يرضعه الطفل فى ثلاث سنين وعن مالك ثلاث روايات :

(احداهن) كقولنا (والثانية) فيما يرضعه بحولين وشهر (والثالثــة) بحولين وشهرين ، وقالت عائشة : الرضاع غير مؤقت فلو أن امرأة أرضعت شيخاً صار ابناً لها وكانت اذا أرادت أن يدخل اليها رجل أنفذت الى بنــات أخيها ليرضعنه ، وبه قال داود ؛ لما روت سهلة بنت سهيم زوجة حذيفة قالت: لأن ذلك يجوز وانما أراد أن تمام الرضاع الشرعى فى الحولين وأنه لا حكم يا رسول الله كنا نرى سالما ولدا وكان يدخل على وأنا فضل وليس لنا الا بيت واحد فما تأمرنى ؟ فقال صلى الله عليه وسلم أرضعيه خمس رضــعات فيحرم عليها بلبنها أى بلبنك ففعلت فكانت تراه ابنا من الرضاعة ودليلنا قوله

تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » فذكر أن تمام الرضاع فى الحولين ومعلوم أنه لم يرد أنه لا يجوز أكثر منه لما زاد بدليل ما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا رضاع بعد الحولين ، وقال صلى الله عليه وسلم : لا رضاع بعد فصال والفصال انما هو فى العامين لقوله فى عامين وأما حديث سهلة فكان خاصا لها بدليل ما روى عن أم سلمة أنها قالت : رضاع سالم كان خاصا ، قال الصيمرى وابتداء الحولين عند خروج بعض الولد لا عند خروج جميعه •

اذا ثبت هذا فان الرضاع فى الحولين يتعلق به التحريم والحرمة سواء كان الرضيع يستغنى بالطعام والشراب عن اللبن أو لا يستغنى وقال : مالك ان كان الرضيع • مستغنيا عن اللبن بالطعام والشراب لم يتعلق بارضاعه التحريم دليلنا قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » فجعل مدة الرضاع حولين ولم يفرق بين أن يكون الولد مستغنياً عنه أو غير مستغن عنه •

فـــرع انتزع الفقهاء من قوله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) أن الرضاعة المحرمة ــ بكسر الراء المشددة ــ الجارية مجرى النسب انما هى ما كان فى الحولين ، لأنه بانقضاء الحولين تمت الرضاعة ، ولا رضاعة بعد الحولين معتبرة • وهو قول عمر وابن عباس • وروى عن ابن مسعود كما حكاه المصنف • وبه قال الزهرى وقتادة والشعبى وسفيان الثورى ومالك وأحمد وأسحاق وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور وابن شبرمة •

وروى ابن عبد الحكم عن مالك : ان زاد شهراً جاز وروى شهران • وقال أبو حنيفة : يحرم الرضاع فى ثلاثين شهراً ؛ لقوله تعالى : « وحمله وفصاله ثلاثون شهراً » ؛ ولم يرد بالحمل حمل الأحشاء ؛ لأنه يكون سنتين؛ فعلم أنه أراد الحمل فى الفصال • وقال زفر مدة الرضاع ثلاث سنين ، وكانت عائشة ترى رضاعة الكبيرة تحرم • ويروى هذا عن عطاء والليث وداود لما روى أن سهلة بنت سهيل قالت : يا رسول الله انا كنا نرى سالماً ولداً فكان

يأوى معى ومع أبى حذيفة فى بيت واحد ويرانى فضلا . وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف ترى فيه ؟ ؟فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم أرضعيه ، فأرضعته خمس رضعات فكان بمنزلة ولدها فبذلك كانت عائشة تأخذ بنات أخواتها وبنات اخوتها يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ويدخل عليها ــ وان كان كبيراً خمس رضعات ــ وأبت ذلك أم سلمة وسائر أزواج النبى صلى الله عليه وسلم أن يدخل عليهن بتلك الرضاعة حتى يكون قد رضع فى المهد . وقلن لعائشة والله ما ندرى لعلها رخصة من النبى صلى الله عليه وسلم لسالم دون الناس . رواه أبو داود والنسائى .

دليلنا قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » . فجعل تمام الرضاعة حولين فيدل على أنه لا حكم لها بعدهما .

وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها رجل، فتغير وجه النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله انه أخى من الرضاعة ، فقال صلى الله عليه وسلم : انظرن من اخوانكن ، فانما الرضاعة من المجاعة » متفق عليه .

وعن أم سلمة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الأمعاء ، وكان قبل الفطام » أخرجه الترمذى وقال حديث صحيح وعند هذا يتعين حمل خبر أبى حذيفة على أنه خاص له دون غيره من الناس كما قال سائر أزواجه صلى الله عليه وسلم .

قال ابن قدامة : وقول أبى حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب ، وقول الصحابة ، فقد روينا عن على وابن عباس أن المراد بالحمل حمل البطن ، وبه استدل على أن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وقد دل على هذا قول الله تعالى : « وفصاله فى عامين » فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفا لهذه الآية .

قال عبد الرازق عن الثورى : حدثنا أبو بكر بن عياش عن أبى حصين

عن أبي عطية الوادعي قال : جاء رجل الى أبي موسى فقال : « ان امرأتي ورم ثديها فمصصته فدخل حلقي شيء وسبقني ؟ فشدد عليه أبو موسى فأتى عبد الله بن مسعود فقال سألت أحداً غيري ؟ قال نعم أبا موسى فشدد علي ، فأتى أبا موسى فشدد علي ، فقال : أرضيع هذا ؟ فقال أبو موسى « لا تسألوني ما دام هذا الحبر فيكم » .

اذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام ؛ فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع فيهما لحصل التحريم ؛ ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم .

وقال ابن القاسم صاحب مالك : « ولو ارتضع بعد الفطام في الحولين لم تحرم عليه لقوله صلى الله عليه وسلم : « وكان قبل الفطام » ويرد عليه قوله تعالى : والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين » وقوله صلى الله عليه وسلم « لا رضاع الا ما كان في الحولين » والفطام معتبر بمدته لا بنفسه .

وعن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا رضاع بعد فصال ولا يتم بعد احتلام » رواه الطيالسي في مسنده .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يثبت تحريم الرضاع بما دون خمس رضعات ، وقال ابو ثور يثبت بثلاث رضعات لما روت ام الفضل رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان » فدل صلى الله عليه وسلم على ان الثلاث يحرمن . والدليل على انه لا يحرم ما دون خمس الرضعات ما روت عائشة رضي الله عنها قالت « كان فيما انزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن ، ثم نسخ بخمس معلومات يحرمن ، ثم نسخ بخمس معلوما فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ في القرآن » وحديث أم الفضل يدل على ان الثلاث يحرمن من جهة دليه الخطاب ، والنص يقدم على دليل الخطاب ، وهو ما رويناه ، ولا يثبت الا بخمس رضعات متفرقات ، لأن الشرع ورد بها مطلقاً ، فحمل على العرف ، والعرف في

الرضعات ان يرتضع ثم يقطعه باختياره من غير عارض ثم يعود اليه بعد زمان ثم يقطعه ، وعلى هذا الى ان يستوفى العدد ، كما ان العادة فى الاكلات ان تكون متفرقة فى أوقات . فاما اذا قطع الرضاع لضيق نفس او لشىء يلهيه ثم رجع اليه أو انتقل من ثدى الى ثدى كان الجميع رضعة ، كما ان الأكل اذا قطعه لضيق نفس أو شرب ماء او لانتقال من لون الى لون كان الجميع اكلة ، فان قطعت المرضعة عليه ففيه وجهان :

(احدهما) ان ذلك ليس برضعة لأنه قطع عليه بغير اختياره .

(والثانى) انه رضعة ، لأن الرضاع يصح بكل واحد منهما . ولهذا لو اوجرته وهو نائم ثبت التحريم كما يثبت اذا ارتضع منها وهى نائمة ، فاذا تمت الرضعة بقطعة وجب ان تتم بقطعها .

فان أرضعته امرأة اربع رضعات ، ثم ارضعته امرأة أخرى أربع رضعات ثم عاد الى الأولى فارتضع منها وقطع ، وعاد الى الأخرى فى الحال فارتضع منها ففيه وجهان :

(احدهما) لا يتم عدد الخمس من واحدة منهما ، لأنه انتقل من احداهما الى الأخرى قبل تمام الرضعة فلم تكن كل واحدة منهما رضعة ، كما لو انتقل من ثدى الى ثدى .

(والثانى) يتم العدد من كل واحدة منهما ، لأن الرضعة ان يرتضع القليل والكثير ثم يقطع ولا يعود الا بعد زمان طويل ، وقد وجد ذلك .

الشرح حديث أم الفضل : « أن رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم : أتحرم المصة ؟ فقال : لا تحرم الرضعة والرضعتان والمصة والمصتان » وفى رواية : « دخل أعرابى علي نبى الله صلى الله عليه وسلم وهو فى بيتى فقال : يا نبى الله انى كانت لى امرأة فتزوجت عليها أخرى فزعمت امرأتى الأولى أنها أرضعت الحدثى رضعة أو رضعتين ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان » أخرجه مسلم فى النكاح عن يحيى بن يحيى وعمرو الناقد واسحاق بن ابراهيم . وعن أبى بكر وعن أبى غسان المسمعى وعن أحمد بن سعيد الدارمى والنسائى فى النكاح عن عبد الله بن الصباح وابن ماجه فى النكاح عن أبى بكر ابن أبى شيبة .

أما حديث عائشة : « قالت كان فيما أنزل من القرآن عشر رضعات يحرمن ثم نسخن بخمس » وفى رواية « الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة » أخرجه البخارى فى الشهادة وفى الخمس عن عبد الله بن يوسف وفى النكاح عن اسماعيل ، وأخرجه مسلم فى النكاح عن يحيى بن يحيى . وعنه عن القعنبى وعن أبى كريب وعن أبى معمر وأخرجه أبو داود فى النكاح عن القعنبى وأخرجه الترمذى فى الرضاع عن اسحاق بن موسى وعن محمد ابن بشار وأخرجه النسائى فى النكاح عن هارون بن عبد الله ، وعن محمد بن عبيد الله ، وعن عبيد الله بن سعيد ، وعن عبد الوارث بن عبد الصمد .

أما اللغات فقوله « الاملاجة ولا الاملاجتان » وهو الزائد المهموز للفعل المجرد الثلاثى ملج ، يقال ملج الصبى أمه ملجاً من باب نصر وقتل وملج يملج من باب تعب لغة فيه أى رضعها ، ويتعدى بالهمزة فيقال أملجته أمه ، والمرة من الثلاثى ملجة ومن الرباعى املاجة ، مثل الاكرامة والاخراجة ونحو ذلك وامتلج الفصيل ما فى الضرع .

وقوله « بالوجور » وهو بفتح الواو وزان رسول الدواء يصب فى الحلق وأوجرت المريض ايجاراً فعلت به ذلك ، ووجرته أجره من باب وعد ، وقال ابن بطال فى شرح غريب المهذب « الوجور بضم الواو وبفتح الدواء نفسه » واللدود ادخال الدواء فى شق الفم وجانبيه ، والسعوط ادخاله فى الأنف والحقنة فى الدبر .

وقوله « معلومات » فيه اشارة الى أنه لا يثبت حكم الرضاع الا بعد العلم بعدد الرضعات ، وأنه لا يكفى الظن بل يرجع معه ومع الشك الى الأصل وهو العدم .

قوله : « وهن فيما يقرأ » فيه اشارة الى أنه تأخر انزال الخمس الرضعات ، فتوفى صلى الله عليه وسلم وهن قرآناً . يقرأ .

أما الأحكام فان الرضاع الذى يتعلق به التحريم بالحرمة هو خمس رضعات ولا يتعلق بما دون ذلك ، وروى ذلك عن عائشة وابن الزبير وسعيد

بن جبير وعطاء وطاوس وأحمد واسحق ، وروى عن على وابن عمر وابن عباس أن التحريم يتعلق بقليل الرضاع وكثيره ، وبه قال مالك والأوزاعى والثورى والليث وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال زيد بن ثابت يتعلق التحريم بثلاث رضعات وبه قال داود وأبو ثور وابن المنذر ، دليلنا ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يحرم الاملاجة ولا الاملاجتان والاملاجة الرضعة ، وقد روى لا يحرم الرضعة ولا الرضعتان وهذا يبطل قول من قال يتعلق التحريم بقليل الرضاع فان قيل فدليل الخطاب هاهنا يدل على أن الثلاث يحرمن قلنا قد ثبت النص أنه لا يحرم الا الخمس وهو أقوى من دليل الخطاب والنص ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت « كان فيما أنزل الله تعالى من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن فنسخن بخمس رضعات معلومات فمات رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن فيما يقرأ فى القرآن » .

وهذا أمر لا تتصول اليه عائشة الا بتوقيف من النبى صلى الله عليه وسلم لأن القرآن أنزل عليه فان قيل : فليس يتلى فى القرآن عشر لأن ما نسخ حكمه فان رسمه يتلى فى القرآن كالآتى فى عدة الحول . فالجواب أن النسخ فى القرآن على ثلاثة أقسام :

(قسم) نسخ رسمه وحكمه ، وذلك ما روى أن قوماً قالوا : يا رسول الله انا كنا نقرأ سورة من القرآن فنسيناها . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنسيتموها ؟ فأخبر أنه نسخت تلاوتها وحكمها .

(القسم الثانى) ما نسخ حكمه وبقيت تلاوته مثل قوله تعالى : « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم متاعاً الى الحول » ومثل « الوصية للأزواج » .

(والثالث) ما نسخ رسمه وهو تلاوته ، وبقى حكمه وذلك مثل ما روى عن عمر أنه قال : كان فيما أنزل الله من القرآن « الشيخ والشيخة فارجموهما ألبتة نكالا من الله » ، ولولا أخشى أن يقول الناس زاد عمر فى كتاب الله

لأثبت آية الرجم فى حاشية المصحف وقد قرأناها فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وأراد أنه يثبت حكم الآية وهذه الآية مما نسخ رسمها وبقى حكم خمس رضعا . فان قيل فما معنى قولها فمات رسول الله صلى الله عليه وسلم وهن مما يقرأ فى القرآن والنسخ بعد النبى صلى الله عليه وسلم لا يجوز قلنا فيه تأويلان :

(أحدهما) أنها أرادت أن حكم الخمس مما يتلى فى القرآن لا رسمها .

(والثانى) وهو تأويل أبى العباس أن هذه الآية نسخت تلاوتها فى حياة النبى صلى الله عليه وسلم فمات النبى صلى الله عليه وسلم وكان الصحابة قريبى العهد بتلاوتها فكانت ألسنتهم جارية على تلاوتها كما كانوا قبل النسخ حتى عودوا ألسنتهم تركها فاعتادنه . ومما يدل على ما ذكرناه من حديث سهلة بنت سهيل فان النبى صلى الله عليه وسلم أمرها أن ترضع سالماً خمساً ليجوز دخوله عليها لأن زوجها حذيفة كان متبناه ثم حرم التبنى وشق عليهم ترك دخوله . ففسخ النبى صلى الله عليه وسلم محل الرضاع فى الكبير بقوله : « لا رضاع الا ما كان فى الحولين » وبقى عدد الرضاع اذا ثبت أن الرضاع يتعلق بخمس رضعات . فمن شرط الخمس أن تكون متفرقات فمتى التقم الصبى الثدى وارتضع منه فأقل ، أو أكثر ، ثم قطع الرضاع باختياره من غير عارض حسب ذلك رضعة . فان عاد اليها بعد فصل طويل وارتضع منها ما شاء الى أن قطع باختياره حسب ذلك رضعة الى أن يستوفى خمس رضعات لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر سهلة أن ترضع سالماً خمس رضعات تحرم بلبنها ، ولم يحد الرضعة وكل حكم ورد به الشرع مطلقاً ، وليس له حد فى الشرع ولا فى اللغة رجع فى حده الى العرف والعادة ، والعرف والعادة فى الرضعة هو ما ذكرناه .

وان التقم الصبى الثدى وارتضع منه ثم أرسله ليتنفس ، أو ليستريح ثم عاد اليه من غير فصل طويل أو أرسله وانتقل الى الثدى الآخر من غير فصل طويل أو انتقل ليشرب الماء ثم عاد اليه من غير طول فصل فالجميع رضعة واحدة كما لو حلف لا يأكل فى النهار الا أكلة فقعد يأكل فأكل وقطع

ليتنفس أو ليستريح أو ليشرب الماء ، أو انتقل من لون الى لون وأكل بعده من غير أن يطول القصد فالجميع أكلة واحدة ، وان آكل من أول النهار الى آخره ولو أكل ثم قطع بفصل طويل ثم رجع وأكل كان ذلك أكلين ، وان قطع الرضاع لشيء يلهيه ثم رجع فقال الشيخ أبو اسحاق : فهو كما لو قطعه لضيق النفس •

وقال الشيخ أبو حامد : اذا قطعه بشيء يلهيه حتى طال الفصل ثم عاد اليه فالأول رضعة والثاني رضعة ، كما لو حلف لا يأكل الا أكلة فأكل ثم قطع الأكل بشيء يلهيه حتى طال الفصل ثم عاد اليه وأكل فان ذلك أكلتان ، وان التقم ثديها فارتضع منها وانتزعت منه ثديها وقطعت عليه ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه لايحتسب بذلك رضعة لأن الاعتبار فى الرضاع بفعله بدليل أنه لو ارتضع منها وهي نائمة رضعة حسب ذلك فاذا قطعت عليه لم يحتسب عليه كما لو حلف لا آكل اليوم الا أكلة فأخذ فى الأكل فجاء انسان فقطع عليه الأكل •

(والثاني) يحتسب بذلك رضعة لأن الرضاع تحصل بفعلها ولهذا لو حلبت منها لبناً وأوجرته اياه وهو نائم حسب ذلك رضعة • فاذا حصل الرضاع بفعلها وجب أن يحتسب بقطعها •

فـــرع فان ارتضع الصبى من امرأة انتقل منها الى امرأة أخرى وارتضع منها من غير أن يطول الفصل ففيه وجهان •

(أحدهما) أنه لا يحتسب بما ارتضع من كل واحدة منهما لأن الطفل اذا ابتدأ وارتضع فكل ما والى به الارتضاع فهو رضعة واحدة بدليل أنه لو انتقل من أحد الثديين الى الآخرى من غير فصل طويل فانه لم يكمل الرضعة من كل واحدة فلم يحتسب به •

(والثاني) يحتسب ما ارتضع من كل واحدة منهما رضعة لأنه ارتضع من كل واحـــدة منهما وقطع باختياره فحسب عليه رضعـــة كما لو قطع من

احدهما وانتقل الى خبز أو لبن ويخالف اذا قطع من ثدى الى ثدى لأن ذلك شخص واحد فبنى حكم أحد ثدييها على الآخر بخلاف الشخصين وان ارتضع منهما بعض الخمس فى الحولين ثم ارتضع باقى الخمس بعد الحولين فان التحريم لا يصل به لأن التحريم تعلق بخمس رضعات فى الحولين ولم يوجد ذلك •

فـــرع فى مذاهب العلماء استدل بحديث عائشة على أن التحريم لا يتحقق الا بخمس رضعات فما فوقها معلومات ، والرضعة هى المرة ، فمتى التقم الصبى الثدى فامتص منه ثم تركه باختياره لغير عارض كان ذلك رضعة، فالرضعة الواحدة والرضعتان والثلاث والأربع ، وقد استدل بحديث « لاتحرم المصة ولا المصتان » على أن الثلاث محرمة • وهذا الاستدلال مأخوذ من دلالة مفهوم الخطاب ، وهو مذهب زيد بن ثابت وأبى ثور وابن المنذر وأبى عبيدة وداود بن على وأحمد فى رواية عنه ، ولكن يعارض هذا المفهوم القاضى بأن ما فوق الاثنتين يقتضى التحريم ما ثبت من أن الرضاع المقتضى للتحريم خمس رضعات ، وهو قول ابن مسعود وعائشة وعبد الله بن الزبير وعطاء وطاووس وسعيد بن جبير وعروة بن الزبير والليث بن سعد وأحمد فى ظاهر مذهبه واسحاق وابن حزم وجماعة من أهل العلم قال الشوكانى : وقد روى هذا المذهب عن على بن أبى طالب رضى الله عنه •

وحكى ابن القيم عن الليث بن سعد أنه لا يحرم الا خمس رضعات • وقد اعترض القائلون بقول أبى ثور الذى حكاه المصنف هنا باعتراضات منها أن الحديث متضمن كون الخمس الرضعات قرآنا والقرآن شرطه التواتر ، ولم يتواتر محل النزاع •

ثانياً : لو كان هذا قرآنا لحفظ لقوله تعالى « انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون » •

ثالثاً : قوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » واطلاق الرضاع يشعر بأنه يقع بالقليل والكثير ، ومثل ذلك حديث « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » •

رابعاً : عن عقبة بن الحرث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، قال فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم فأعرض عنى فتنحيت فذكرت ذلك له فقال : وكيف وقد زعمت أنها أرضعتكما؟ فنهاه عنها ، رواه أحمد والبخارى وأبو داود والترمذى والنسائى والدارقطنى ، فان النبى صلى الله عليه وسلم لم يستفصل عن الكيفية ولا سأل عن العدد .

خامساً : حديث « لا يحرم من الرضاع الا ما فتق الامعاء » يدل على عدم الاعتبار بالخمس ، لأن الفتق يحصل بدونها .

ونجيب عن الاعتراض الأول بأن كون التواتر شرطاً ممنوع ، والسند ما أسلفنا عن أئمة القراءات كحفص ونافع ، وقد تكلم الجزرى وغيره فى باب الحجة فى الصلاة بقراءة ابن مسعود وأبى من أبواب صفة الصلاة ، فانه نقل هو وجماعة عن أئمة القراءات الاجماع على ما يخالف هذه الدعوى ، ولم يعارض نقله ما يصلح لمعارضته . وأيضاً اشتراط التواتر فيما نسخ لفظه على رأى المشترطين ممنوع . وكذلك انتفاء قرآنيته لا يستلزم انتفاء حجيته على فرض شرطية التواتر لأن الحجة ثبتت بظنية الثبوت التى يجب عندها العمل ، وقد قرأ الأئمة بقراءة الآحاد فى مسائل كثيرة منها قراءة ابن مسعود « فصيام ثلاثة أيام متتابعات » وقراءة أبى « وله أخ أو أخت من أم » .

والجواب عن الثانى أن كونه غير محفوظ ممنوع ، بل قد حفظه الله برواية عائشة له والمعتبر حفظ الحكم ، ولو سلم انتفاء قرآنيته على جميع التقادير لكان سنة لكون الصحابى روايا له عنه صلى الله عليه وسلم لوصفه له بالقرآنية ، وهو يستلزم صدوره عن لسانه وذلك كاف فى الحجية لما تقرر فى الأصول من أن المروى آحاداً اذا انتفى عنه وصف القرآنية لم ينتف وجوب العمل به كما أسلفنا .

والجواب عن الثالث بأن مطلق الرضاع مقيد بأحادث عدد الرضعات فى حديث عائشة . ويجاب عن الرابع بأن زيادة البيان على ذلك الذى قيل عنه من ترك الاستفصال يتعين الأخذ به ، وزيادة الثقة حجة والمثبت حجة على

النافى • وقد يكون برك الاستئصال مرده الى سبق البيـان منـه صلى الله عليه وسلم للقدر المحرم ويجاب عن الخامس بما أجبنا به عن الثالث والرابع•

اذا ثبت هذا فانه اذا كانت الرضعات المحرمة خمساً وكانت فى خـلال الحولين فلو رضع الخامسة على رأس الحولين فقد ثبت التحريم ، وكذلك ينبغى أن تكون الرضعات متفرقات ، وبهذا قال أحمد •

وحد الرضعة كما قلنا أن لا يقطعها الا باختياره ؛ فأما ان قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدى الى ثدى ، أو لشىء يلهيـه ، أو قطعت عنـه المرضـعة نظرت فان لم يعد قريباً فهى رضعة وان عاد فى الحال ففيه وجهان •

(أحدهما) أن الأولى رضعة فاذا عاد فهى رضعة أخرى • وهذا ظاهـر كلام أحمد رضى الله عنه فى رواية حنبل فانه قال : ألا ترى الصبى يرتضـع من الثدى ؛ فاذا أدركه النفس أمسك عن الثدى ليتنفس أو يستريح فاذا فعل ذلك فهى رضعة ؛ وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وان عاد كان كما لو قطع باختياره •

(والثانى) أن جميع ذلك رضعة واحدة الا فى حالة قطع المرضعة ففيـه الوجهان لأنه لو حلف لا أكلت اليوم الا أكلة فاستدام الأكل زمنا أو قطع لشرب الماء أو انتقال من لون الى لون أو انتظار لما يحمل اليه من الطعـام ، لم يعد الا أكلة واحدة فكذا ههنا •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل اذا شكت المرضعة هل ارضعته ام لا ؟ او هل أرضـعته خمس رضعات أو اربع رضعات لم يثبت التحريم كما لو شك الزوج هل طلق امرأته ام لا ؟ وهل طلق ثلاثا او طلقتين ؟

فصـــل ويثبت التحريم بالوجور لأنه يصل اللبن الى حيث يصـل بالارتضاع ، ويثبت بالسعوط لأنه سبيل لفطر الصائم ، فكان سبيلا لتحـريم الرضاع كالفم ، وهل يثبت بالحقنة ؟ فيه قولان : (أحدهما) يثبت لما ذكرناه

بالسعوط (والثانى) لا يثبت لأن الرضاع جعل لانبات اللحم وانتشار العظم ، والحقنة جعلت للاسهال ، فان ارتضع مرتين واوجر مرة واسعط مرة وحقن مرة . وقلنا ان الحقنة تحرم يثبت التحريم ، لأنا جعلنا الجميع كالرضاع فى التحريم وكذلك فى اتمام العدد .

فصل وان حلبت لبنا كثيراً فى دفعه واحدة وسقته فى خمسة اوقات فالمنصوص انه رضعة .

وقال الربيع : فيه قول آخر انه خمس رضعات ؛ فمن أصحابنا من قال هو من تخريج الربيع . ومنهم من قال فيه قولان (أحدهما) خمس رضعات ، لانه يحصل به ما يحصل بخمس رضعات (والثانى) انه رضعة ــ وهو الصحيح ــ لأن الوجور فرع للرضاع ،ثم العدد فى الرضاع لا يحصل الا بما ينفصل خمس مرات فكذلك فى الوجور .

وان حلبت خمس مرات وسقته دفعة واحدة ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال هو على قولين كالمسألة قبلها ، ومنهم من قال هو رضعة قولا واحداً لانه لم يشرب الا مرة . وفى المسألة قبلها شرب خمس مرات ، وان حلبت خمس مرات وجعلته فى اناء ثم فرقته وسقته خمس مرات ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال يثبت التحريم قولا واحداً لانه تفرق فى الحلب والسقى . ومنهم من قال هو على قولين لأن التفريق الذى حصل من جهة المرضعة قد بطل حكمه بالجمع فى اناء) .

الشرح اذا وقع الشك فى وجور الرضاع أو فى عدد الرضعات المحرمة هل كملت أم لا ؟ لم يثبت التحريم لأن الأصل عدمه فلا نزول عن اليقين بالشك ، كما لو شك فى وجود الطلاق وعدده .

فرع ويثبت التحريم بالوجور واللدود وهو أن يحلب لبن المرأة ويصب فى فم الصبى بغير اختيـاره فالوجـور الصب فى وسط فيه واللدود الصب فى أحد شفتى فيه وهو قول العلماء كافة الا عطاء وداود فانهما قالا لا يثبت به التحريم دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « الرضاعة من المجاعة » وقوله صلى الله عليه وسلم : « الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم » وقوله صلى الله عليه وسلم «الرضاع ما فتق الأمعاء »هذه المعانى موجودة فى الوجور واللدود ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر سهلة أن ترضع سالماً ومعلوم

أنه لم يرد بذلك أن يرضع من ثديها لأنه كان كبيراً وهى أجنبية منه فكيف يجوز له النظر الى ثديها وهى أجنبية منه فعلم انه أراد الوجور أو اللدود وثبت التحريم بالسعوط وهو أن تصب لبن المرأة فى أنف طفل فيبلغ الى دماغه أو جوفه ، ومن أصحابنا الخراسانيين من قال فيه قولان كالحقنة والمشهور هو الأول وقال عطاء وداود لا يثبت به التحريم دليلنا أن الدماغ محل للغذاء بدليل أن من خف دماغه فان الدهن يصب فى أنفه الى دماغه فيرطبه فوقع التحريم باللبن الحاصل فيه من المرأة كالجوف ، وان صب اللبن فى أذنه فوصل الى دماغه كان رضاعاً ، وان لم يصل الى دماغه لم يكن رضاعاً ؟ وهل يثبت التحريم فى الحقنة وهو أن يصب اللبن فى دبر الصبى ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يثبت به التحريم وهو اختيار المزنى لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فتعلق التحريم بلبن المرأة اذا دخل فيه كالفم •

(والثانى) لا يثبت به التحريم وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحمد وهو الأصح لقوله صلى الله عليه وسلم « الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم » وهذا لا يحصل بالحقنة وانما تراد الحقنة للاسهال ، فاذا قلنا : يثبت به التحريم فأرضعته مرة وأوجرته مرة وألدته مرة وأسعطته مرة وأحقنته مرة ثبت التحريم ، وان كان بالطفل جراحة نافذة الى محل الفطر فداواه انسان بلبن آدمية ، فقد قال القفال : لا يحصل به الرضاع ، وقال الصيدلانى: ينبغى أن يكون على قولين كالحقنة •

فرع واذا حلب من المرأة لبن وأوجره الطفل ففيه خمس مسائل : (احداهن) أن يحلب لبن دفعة واحدة فتوجره الطفل مرة واحدة فهذا رضعة واحدة • (الثانية) أن يحلب منها لبن خمس مرات فى خمسة أوان ، ثم يوجر الصبى ذلك اللبن فى خمسة أوقات متفرقة لبن كل اناء فى وقت فذلك خمس رضعات لتفرق الحلب والوجور •

(الثالثة) أن يحلب منها لبن كثير دفعة واحدة ، ثم يوجره الصبى فى خمسة أوقات متفرقة فنقل المزنى والربيع أن ذلك رضعة واحدة • قال الربيع

وفيه قول آخر انه خمس رضعات واختلف أصحابنا فى ذلك فمنهم من قال هى رضعة واحدة قولا واحداً على مانقلاه وما حكاه الربيع من تخريجه لأن ذلك لم يوجد فى شىء من كتب الشافعى ، ومنهم من قال فيه قولان لأن الربيع يحمل على أنه سمع منه ذلك (أحدهما) أنه خمس رضعات لقوله صلى الله عليه وسلم : « الرضاعة من المجاعة » وهذا اللبن قد حصل به سد الجوع خمس مرات ؛ ولأن الرضعات كالأكلات ومعلوم أنه لو حلف لا يأكل خمس أكلات فأكل من طعام واحد خمس اكلات فى خمسة أوقات متفرقة حنث فوجب أن يكون هاهنا خمس رضعات • (والثانى) أن ذلك رضعة واحدة قال الشيخان : وهو الأصح لأن الوجور فرع للرضاعة ومعلوم أن التحريم لا يحصل فى الرضاع الا بأن ينفصل اللبن عن ثدى المرأة خمس مرات متفرقات ويتصل الى جوف الصبى فى خمسة أوقات متفرقة وكذلك فى الوجور لابد أن ينفصل خمس انفصالات ويتصل خمسة اتصالات متفرقات •

(الرابعة) اذا حلب منها اللبن فى خمسة أوقات متفرقة فى خمسة أوان وأوجره الصبى دفعة واحدة فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : فيه قولان كالتى قبلها لأن الرضاع يفتقر الى ارضاع وارتضاع فلما ثبت أن اللبن اذا انفصل من المرضعة دفعة واحدة وأوجره الصبى دفعات كان فيه قولا كذلك اذا انفصل منها خمس دفعات دفعة دفعة يجب أن تكون على قولين ومنهم من قال هو رضعة واحدة قولا واحداً لأن فى التى قبلها حصل اللبن فى جوف الصبى خمس مرات وهاهنا لم يحصل فى جوفه الا مرة واحدة •

(الخامسة) أن يحلب اللبن فى خمسة أوقات متفرقة كل وقت فى اناء ثم خلط ذلك اللبن فى اناء وأوجره الصبى فى خمسة أوقات متفرقة فاختلف أصحابنا فيه فقال أبو اسحاق هى خمس رضعات قولا واحداً لأن اللبن انفصل من المرأة فى خمسة أوقات واتصل بالصبى فى خمسة أوقات ولا اعتبار بالخلط ، ومن أصحابنا من قال فيه طريقان لأن التفريق فى الحلب قد بطل حكمه بالخلط ، وفى كل سقية حصل للطفل جزء من كل حلبة فصار كما لو حلبته دفعة واحدة وسقته اياه فى خمسة أوقات فتكون احدى الطريقين له على قولين (والثانى) انه رضعة قولا واحداً •

فــــرع اذا حلب امرآتان لبناً منهما فى اناء وأوجرتاه صبياً ثم حلبتا منهما لبنا فى اناء في وقت واحد وأوجرتاه الصبى الى آن فعل ذلك خمس مرات حصل لكل واحدة منهما خمس رضعات ويصير ابنهما معاً لأنه قد حصل فى جوفه اللبن من كل واحدة منهما خمس مرات •

فــــرع والسعوط والوجور كالرضاع ، فاذا صب اللبن فى أنفه من اناء أو غيره أو صب فى حلقه صبا من غير الثدى فكلا الأمرين الحكم فيهما حكم الرضاع • وقد اختلفت الرواية فى التحريم بهما عن أحمد ، فاصح الروايتين ان التحريم يثبت بهما كما أفاده ابن قدامة • وهو قول الشعبى والثورى وآصحاب الرأى وبه قال مالك فى الوجور ، ولم يقل به في السعوط •

والرواية الثانية عن أحمد لا يثبت بهما التحريم ، وهو اختيار أبى بكر من أصحاب أحمد وداود بن على وقول عطاء الخراسانى فى السعوط لأن هذا ليس برضاع ، وانما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ، ولأنه حصل من غير ارتضاع فأشبه ما لو دخل من جرح فى بدنه •

دليلنا ما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا رضاع الا ما أنشز العظم وأنبت اللحم » رواه أبو داود ، ولأن هذا يصل به اللبن الى حيث يصل بالارتضاع ويحصل به من انبات اللحم وانشاز العظم ما يحصل من الارتضاع فيجب أن يساويه فى التحريم ، والأنف سبيل الفطر للصائم فكان سبيلا للتحريم •

اذا تقرر هذا فانه يحرم من ذلك مثل الذى يحرم بالرضاع ؛ وهو خمس فى الرواية المشهورة فانه فرع علي الرضاع فيأخذ حكمه ، فان ارتضع وكمل الخمس بسعوط أو وجور كان كمن كمل الخمس برضاع وثبت التحريم لأنا جعلناه كالرضاع فى أصل التحريم • فكذلك فى اكمال العدد ، ولو حلبت فى اناء دفعة واحدة ثم سقته غلاما فى خمسة أوقات فالمنصوص أنه رضعة •

وقال الربيع : فيه قول آخر أنه خمس فاختلف أصحابنا فمنهم من قال ليس

هذا قولا للامام وانما هو من تخـريج الربيع • ومنهـم من عـدهما قولين (أحدهما) أنه خمس لأنه يحصل به ما يحصل بالخمس ، وبهذا قال أحمد : لأن الاعتبار بشرب الصبى له لأنه المحرم • ولأنه لو أكل خمس آكلات من طعام واحد متفرقات لكان قد أكل خمس آكلات •

دليلنا أن القدر المعتبر للرضعة الواحدة لو قسم الى خمسة أجزاء لمـا زاد على كونه رضعة • ولأن الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه• وقد عكس الحنابلة في الصورتين •

فأما ان سقته اللبن المجموع من خمس رضعات اعتبارية جرعة بعد جرعة متتابعة ففيه طريقان • فمن أصحابنا من جعلها كالتى قبلها فى الوجور خمس مرات لرضعة واحدة • وظاهر كلام الخرقى من أئمة الحنابلة أنه رضعة واحدة لأن المعتبر خمس رضعات متفرقات وهذه غير متفرقات • والتفريق الذى حصل من جهة المرضعة بطل حكمه بالجمع فى اناء •

فأما الحقنة فان قلنا تحرم كالسعوط والوجور كانت فى حكم الرضاع ؛ بمعنى أنه اذا رضع من الثدى رضعتين وبالسعوط واحدة وبالوجور واحدة كانت خمسا كاملة محرمة وبهذا قال ابن حامد من الحنابلة وابن أبى موسى والمنصوص عن أحمد أنها لا تحرم • وهو مذهب أبى حنيفة ومالك لأن هذا ليس برضاع يحصل به التغذى فلم ينشر الحرمة ، كما لو قطر فى احليـله ، ولأنه ليس برضاع ولا فى معناه فلم يجز اثبات حكمه فيه • ويفارق فطـر الصائم فانه لا يعتبر فيه انبات اللحم ولا انشاز العظم ، ولأنه وصل اللبن الى الباطن من غير الحلق أشبه ما لو وصل من جرح •

وقد سألنا ولدنا التقى الدكتور أسامة أمين فراج فأجاب بأننا لو أعطينا الطفل حقنة اللبن من الشرج فانه لا يتغذى منه الجسم الا بنسبة ضئيلة فى حالة بقائه فى جوفه مدة طويلة ولا تقاس بجانب ما يتعاطاه بفمه كيفاً وكماً • أما اذا نزل منه فى الحال فانه لا يعود عليه منه ما يغذيه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان جبن اللبن واطعم الصبى حرم لأنه يحصل به ما يحصل باللبن من انبات اللحم وانشاز العظم .

فصـــــل فان خلط اللبن بمائع أو جامد واطعم الصبى حرم . وحكى عن المزنى أنه قال ان كان اللبن غالبا حرم ، وان كان مغلوبا لم يحرم لأن مع غلبة المخالطة يزول الاسم ، والمعنى الذى يراد به ، وهذا خطأ لأن ما تعلق به التحريم اذا كان غالباً تعلق به اذا كان مغلوباً كالنجاسة فى الماء القليل .

فصـــــل فان شرب لبن امرأة ميتة لم يحرم لأنه معنى يوجب تحريماً مؤبداً فبطل بالموت كالوطء .

فصـــــل ولا يثبت التحريم بلبن البهيمة ، فان شرب طفلان من لبن شاة لم يثبت بينهما حرمة الرضاع لأن التحريم بالشرع ولم يرد الشرع الا فى لبن الآدمية والبهيمة دون الآدمية فى الحرمة ولبنها دون لبن الآدمية فى اصلاح البدن فلم يلحق به فى التحريم ، ولأن الأخوة فرع على الأمومة ، فاذا لم يثبت بهذا الرضاع أمومة فلأن لا يثبت به الأخوة أولى ولا يثبت التحريم بلبن الرجل .

وقال الكرابيسى : يثبت كما ثبت بلبن المرأة ، وهذا خطأ لأن لبنه لم يجعل غذاء للمولود فلم يثبت به التحريم كلبن البهيمة .

وان ثار للخنثى لبن فارتضع منه صبى ، فان علم انه رجل لم يحرم ، وان علم انه امرأة حرم ، فان اشكل فقد قال ابو اسحاق : ان قال النساء ان هذا اللبن لا يكون على غزارته الا لامرأة حكم بانه امرأة وان لبنه يحرم . ومن أصحابنا من قال : لا يجعل اللبن دليلا لأنه قد يثور اللبن للرجل ، فعلى هذا وقف أمر من يرضع بلبنه كما وقف أمره .

فصـــــل فان ثار للبكر لبن أو لثيب لا زوج لها فارضعت به طفلا ثبت بينهما حرمة الرضاع لأن لبن النساء غذاء للأطفال ، فان ثار لبن للمــرأة على ولد من الزنا فأرضعت به طفلا ثبت بينهما حرمة الرضاع ، لأن الرضـــاع تابع للنسب ثم النسب يثبت بينه وبينها ، ولا يثبت بينه وبين الزانى ، فكذلك حرمة الرضاع) .

الشرح ان حلب من المرأة لبن فجبن أو طبخ أو جعـل أقطـا أو

سيؤاراً أو أطعم منه طفل له دون الحولين خمس مرات متفرقات نشر الحرمة والتحريم وقال أبو حنيفة : لا تنتشر الحرمة ولا التحريم دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « الرضاعة من المجاعة » والرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم » وهذا المعنى موجود فى لبن المرأة ، وان غير عن صفته بما ذكرناه •

فرع اذا خلط لبن المرأة بالماء أو بالعسل أو بغيرهما وسقى منه الطفل خمس دفعات فى خمسة أوقات متفرقة ، فان كان الغلبة للبن بأن يكون أكثر مما خلطه نشر الحرمة ، وان كانت الغلبة للماء أو للعسل بأن تكون أكثر من اللبن فان كان اللبن مستهلكا فيما خالطه بحيث اذا وصل شىء مما خلط منه ذلك اللبن الى جوف الطفل لم يتحقق أن جزءاً من اللبن حصل فى جوفه لم ينشر الحرمة ، وان كان اللبن غير مستهلك بحيث اذا وصل شىء مما خلط منه ذلك اللبن الى جوف الطفل تحقق أن جزءاً من اللبن حصل معه فانه ينشر الحرمة هذا نقل الشيخ أبى حامد والبغداديين من أصحابنا وقال المسعودى والطبرى : لو خلط بلبن المرأة مائع ويتفى منه الطفل خمس دفعات متفرقة ففيه قولان :

(أحدهما) أنه ينشر الحرمة بكل حال •

(والثانى) ان كان اللبن غالباً نشر الحرمة وان كان مغلوباً لم ينشر الحرمة وان وقع فى قلتين من الماء قليل من لبن المرأة فسقى الطفل جميعه ففيه وجهان :

(أحدهما) يتعلق به التحريم لأنا تيقنا أن اللبن فيه •

(والثانى) لا يتعلق به التحريم لأنه صار مستهلكا فيه ، وان وقع قليل من لبن المرأة فى أقل من قلتين من الماء فان سقى الطفل جميعه تعلق به التحريم ، وان سقى البعض وأراد فى خمسة أوقات ففيه وجهان :

(أحدهما) يتعلق به التحريم لأنه حكم بوصوله الى جميع الماء بدليل أنه لو وقعت نجاسة نجس الجميع •

(والثانى) لا يتعلق به التحريم لأنه يحتمل أنه فيما بقى وقال أبو حنيفة: اذا مزج بطعام أو شراب أو عسل فانه لا ينشر الحرمة سواء كان اللبن ظاهراً على ما مزج به أو مستهلكا فيه . وان مزج بدواء فان كان اللبن ظاهراً فيه وسقى منه الطفل خمس دفعات متفرقة نشر الحرمة ، وان لم يكن اللبن ظاهراً بل مستهلكا لم ينشر الحرمة دليلنا أنه وصل الى جوفه لبن آدمية فى خمسة أوقات متفرقة فتعلق به التحريم كما لو كان غالباً .

فــرع اذا شيب اللبن بغيره فحكمه حكم المحض الذى لا يخالطه سواه ، وبهذا قال الخرقى من الحنابلة ، وقال أبو بكر : قياس قول أحمد أنه لا يحرم لأنه وجور ، وحكى المصنف عن المزنى : ان كان الغالب اللبن حرم والا فلا ، وهو قول أبى ثور وابن حامد ؛ لأن الحكم للأغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به ، ونحو هذا قول أصحاب الرأى ، وزادوا فقالوا : ان كانت النار قد مست اللبن حتى أنضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع ، وهذا خطأ لأن اللبن متى كان ظاهراً فقد حصل شربه ، ويحصل منه انبات اللحم وانشاز العظم فحرم كما لو كان غالباً .

وقال ابن قدامة : ان صب فى ماء كثير لم يتغير به ــ يعنى الماء ــ لم يثبت به التحريم ؛ لأن هذا ليس بلبن مشوب ، ولا يحصل به التغذى ولا انبات اللحم ولا انشاز العظم ، وهذا خطأ لأن ما تعلق به التحريم ان كان غالباً تعلق به ان كان مغلوباً ؛ ولأنه لو وضع قليل من الخمر فى الماء ولو لم يغيره حرم شربه ، الا اذا استبحر وتلاشى أثر الخمر ، ولأن أجزاء اللبن حصلت فى بطنه فأشبه ما لو كان لونه ظاهراً .

فــرع وان ماتت امرأة فارتضع منها طفل بعد موتها ، أو حلب منها لبناً بعد موتها وأوجره صبياً لم يتعلق به التحريم ، وقال مالك والأوزاعى وأبو حنيفة يتعلق به التحريم دليلنا أن الرضاع معنى يوجب تحريما مؤبداً فلم يتعلق به التحريم بعد موتها كوطء الشبهة ، وذلك أنه لو وطىء ميتة بشبهة لم يثبت به تحريم المصاهرة .

وان ارتضع طفل من امرأة أربع رضعات فى حياتها ثم حلب منهـا لبن فى اناء فى حياتها ثم أوجره الصبى بعد موتها ثبت به التحريم لأن انبـات اللحم وانشاز العظم يحصل بشرب ذلك اللبن فهو كما لو التقم الصبى ثديها وامتص منه لبناً وحصل فيه ، وماتت المرأة ثم ابتلعه الصبى فانه يحصـل به التحريم فكذلك هذا مثله ، وان حلب من المرأة لبن ووقعت فيـه نجاسـة وأوجره الصبى قال الشيخ أبو حامد : تعلق به التحريم والفرق بين هـذا وبين الذى يؤخذ من الميتة أن هذا اللبن كان طاهراً وانما اختلطت فيه نجاسة فلم تمنع ثبوت الحرمة فيه ، ولبن الميتة نجس العين فلم يكن له حرمة •

فـــرع اذا شرب لبن امرأة ميتة فانه لا تنشر الحرمة ؛ وبهـذا قال الخلال : لأنه لبن ليس بمحـل الولادة ، فلم يتعلق به التحـريم كلبن الرجل ؛ والمنصوص عن أحمد فى رواية ابراهيم الحربى أنه ينشر الحرمة ؛ وهو قول أبى ثور والأوزاعى وابن القاسم وأصحاب الرأى وابن المنذر . وتوقف عنه أحمد فى رواية منها • ولو حلبت المرأة لبنهـا فى وعاء ثم ماتت فشربه صبى نشر الحرمة فى قول كل من جعل الوجور محرماً ، وبه قال أحمد فى احدى الروايتين وأبو ثور وأصحاب الرأى وغيرهم وذلك لأنه لبن امرأة فى حياتها فأشبه ما لو شربه فى الحياة •

فـــرع اذا شرب لبن امرأة ميتة فانه لا تنشر الحرمة ، وبهـذا اثنان من لبن بهيمة لم يصيرا أخوين فى قول عامة أهل العلم ، منهم أحمـد وابن القاسم وأبو ثور وأصحاب الرأى ، ولو ارتضعا من رجل لم يصـيرا أخوين ، ولم تنشر الحرمة بينه وبينهما فى قول عامتهم •

وقال الكرابيسى يتعلق به التحريم لأنه لبن آدمى أشبه لبن الآدميـة • وحكى عن بعض السلف أنهما لو ارتضعا من لبن بهيمة صارا أخوين ؛ وليس بصحيح ، لأن هذا لا يتعلق به تحريم الأمومة ، فلا يثبت به تحريم الأخوة . لأن الأخوة فرع على الأمومة ؛ وكذلك لا يتعلق به تحـريم الأبوة لذلك ، ولأن هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام ، فان ثار لخنثى مشكل لبن لم يثبت به التحريم ؛ لأنه لم يثبت كونه امرأة فلا

يثبت التحريم مع الشك . وقال ابن حامد : يقف الأمر حتى يثبت التحريم بانكشاف أمر الخنثى كونه رجلا ، وقال أبو اسحاق المروزى : ان قال : النساء ان هذا اللبن لا يكون على غزارته الا لامرأة حكم بأنه امرأة ، وأن لبنه يحرم .

وقال بعض أصحابنا : ليس اللبن دليلا على الرجولة ولا الأنوثة ، لأنه قد يثور نرجل لبن تتوفر فيه غزارة لبن المرأة وعناصره التى يتكون منها ، وعلى ذلك نقول بقول ابن حامد وهو ما ذهب اليه المصنف هنا .

فـــرع اذا ثار لامرأة ثيبا كانت أو بكراً لبن من غير وطء فأرضعت به طفلا نشر الحرمة ، وهو قول ابن حامد ومالك وأظهر الروايتين عن أحمد ، وهو مذهب الثورى وأبى ثور وأصحاب الرأى وكل من يحفظ عنه ابن المنذر ؛ لقول الله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم » ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم ، كما لو ثار بوطء ؛ ولأن ألبان النساء خلقت لغذاء الأطفال ، فان كان هذا نادراً فجنسه معتاد .

مسـألة يشترط فى نشر الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذى ثار اللبن بوطئه أن يكون لبن حمل ينتسب الى الواطىء ، اما لكون الوطء فى نكاح أو ملك يمين أو نكاح شبهة . فأما لبن الزانى أو النافى للولد باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما . هذا هو مذهبنا وبه قال أبو عبد الله ابن حامد والخرقى من أصحاب أحمد ، وقال أبو بكر بن عبد العزيز منهم : تنتشر الحرمة بين المرتضع وبين الزانى أو النافى باللعان لأنه معنى ينشر الحرمة ، فاستوى فى ذلك مباحه ومحظوره كالوطء ، يحققه أن الواطىء حصل منه لبن وولد ثم ان الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطىء كذلك اللبن ، ولأنه رضاع ينشر الحرمة الى المرضعة بالاتفاق فنشرها الى الواطىء كصورة الاجماع .

دليلنا أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة ؛ فلما لم تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ما هو فرع لها .

فأما المرضعة فان الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب اليها عند الجميع، وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذين يحرمون على أولادها على هـذا المرتضع كما فى الرضاع باللبن المباح •

فـــرع اذا ثار للرجل لبن وأرضع به طفلا له دون الحولين خمس رضعات متفرقات فلا يثبت به التحريم ، وقال الكرابيسى : يثبت به التحريم كلبن المرأة ، دليلنا قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن » فجعل الله الرضاع الذى يتعلق به الحكم من الوالدات وهذا ليس بوالده ولا من جنس الوالدات فلم يتعلق بارضاعه حكم ولأن لبنه لم يجعل غذاء للولد فلم يتعلق به التحريم كلبن البهيمة قال ابن الصباغ : ولأنه نجس وقاس عليه لبن الميتة وان ثار للخنثى المشكل لبن وأرضع به طفلا ، وقلنا : ان لبن الرجل لا يتعلق به التحريم فقد اختلف أصحابنا فيه ؛ فقال أبو اسحق المروزى يرى النســاء فان قلن ان هذا اللبن على غزارته لا ينزل للرجل وانما ينزل للمرأة زال حكم اشكاله وحكم بأنه امرأة وجرى لبنه مجرى لبن امرأة ، وان قلن قد ينزل هذا اللبن للرجل وقف أمر من ارتضـع بلبنه ، وقال أكثر أصحابنا لا يزول اشكاله باللبن بل يوقف أمر من ارتضـع بلبنه فان بان أنه امـرأة تعلق به التحريم وان بان أنه رجل لم يتعلق به التحريم لأن اللبن قد ينزل للرجـل كما ينزل للمرأة وحكى عن الشافعى أنه قال : رأيت رجلا يرضع فى مجلس هارون الرشيد • وان مات هذا الخنثى قبل زوال اشـكاله فالذى يقتضى المذهب أنه لا يثبت التحريم بارضاعه لأن الأصل عدم ثبوت التحريم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **اذا ثار لها لبن على ولد من زوج فطلقها وتزوجت بآخـر ، فاللبن للأول الى ان تحبل من الثانى ، وينتهى الى حال ينزل اللبن على الحبل ، فان ارضعت طفلا كان ابناً للأول زاد اللبـن ، أو لم يزد انقطـع ثم عاد أو لم ينقطع ، لانه لم يوجد سبب يوجب حدوث اللبن غير الأول ، فان بلغ الحمـل من الثانى الى حال ينزل فيه اللبن نظرت ـ فان لم يزد اللبن ـ فهو للأول ، فان ارضعت به طفلا كان ولداً للأول لانه لم يتغير اللبن ، فان زاد فارتضع به طفلا ففيه قولان .**

قال فى القديم : هو ابنهما لان الظاهر ان الزيادة لأجل الحبل ، والمرضع به لبنهما فكان ابنهما .

وقال فى الجديد : هو ابن الأول ، لأن اللبن للأول يقين ، ويجوز أن تكون الزيادة لفضل الغذاء ، ويجوز أن تكون للحمل ، فلا يزال اليقين بالشك ، فان انقطع اللبن ثم عاد فى الوقت الذى ينزل اللبن على الحبل فأرضعت به طفلا ففيه ثلاثة أقوال :

(احدهما) : انه ابن الأول لان اللبن خلق غذاء للولد دون الحمل ، والولد للأول فكان المرضع به ابنه .

(والثانى) : انه من الثانى ، لأن لبن الأول انقطع فالظاهر انه حدث للحمل والحمل للثانى فكان المرضع باللبن ابنه .

(والثالث) انه ابنهما ، لأن لكل واحد منهما امارة تدل على ان اللبن له ، فجعل المرضع باللبن ابنهما ، فان وضعت الحمل وأرضعت طفلا كان ابنا للثانى فى الأحوال كلها ، زاد اللبن او لم يزد ، اتصل او انقطع ثم عاد ، لأن حاجة المولود الى اللبن تمنع ان يكون اللبن لغيره .

الشرح اذا ثار لبن منها على ولد من زوج طلقها فتزوجت آخر لم يخل من خمسة أحوال :

١ ـ أن يبقى لبن الأول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من الثانى فهو للأول سواء حملت من للثانى أو لم تحمل ؛ لا نعلم فيه خلافاً ، لأن اللبن كان للأول ؛ ولم يتجدد ما يجعله من الثانى فبقى للأول .

٢ ـ أن لا تحمل من الثانى فهو للاول ، سواء زاد أو لم يزد ، أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع .

٣ ـ أن تلد من الثانى فاللبن له خاصة . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه ، وهو قول أبى حنيفة وأحمد ، سواء زاد أو لم يزد ، انقطع أو اتصل ؛ لأن لبن الأول ينقطع بالولادة من الثانى ؛ فان حاجة المولود الى اللبن تمنع كونه لغيره .

٤ ـ اذا انتهى الحمل الى حال ينزل به اللبن فزاد به ففيه قولان :

(أحدهما) قوله فى القديم هو لهما وتنتشر الحرمة بينه وبينهما ، لأن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر فى أنها منه . وبقاء لبن الأول يقتضى كونه أصله منه فيجب أن يضاف اليهما . وبهذا قال الحنابلة .

(الثانى) هو للأول لأن اللبن له بيقين ، ويجوز أن تكون الزيادة بسبب التغذية ، أو استدرار الطفل للثدى فينشط الثدى نتيجة الاحساس بالأمومة لدى المرضعة فيثور لبنها لأسباب نفسية من الرحمة يقذفها الله فى قلب المرأة؛ وقد حدث لى وأنا رضيع فقد ماتت الأم بعد ولادتى بستة أشهر وكانت جدتى لأبى تبلغ من العمر زهاء الثمانين عاماً فثار اللبن فى ثديها رحمة بى واشفاقاً على من الهلاك ، وهذا من الأسباب التى هيأها الله لى أن أعيش ، وقد حرمت على بنات أعمامى ، وبنات عماتى ، وظل اللبن فى ثديها الى أن أدركتها المنية على رأس المائة ، وانما يخلق الله اللبن للولد عند وجوده سداً لحاجته وحفظاً لحياته . وقال أبو حنيفة : هو للأول ما لم تلد من الثانى .

٥ ـ انقطع اللبن من الأول ثم ثاب بالحمل من الثانى ففيه ثلاثة أقوال :

(أحدها) أنه ابن الأول وهو قول أبى حنيفة ، لأن الحمل لا يقتضى اللبن ، وانما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته اليه ، وقد سبق عند الكلام على قوله فى الجديد .

(الثانى) أنه ابن الثانى ، وهو اختيار أبى الخطاب من الحنابلة ، لأن لبن الأول انقطع فزال حكمه بانقطاعه ، وحدث بالحمل من الثانى فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الأول .

(والثالث) أنه ابنهما ، وذلك لأن اللبن كان للأول فلما عاد بحدوث الحمل ، فالظاهر أن لبن الأول ثاب بسبب الحمل الثانى ، فكان مضافاً اليهما كما لو لم ينقطع .

فـــرع اذا كان لرجل زوجة فان ولدت منه ولداً فان اللبن النازل للولد لهما فان طلقها الزوج وبقى ذلك اللبن فهو لهما ما لم يتزوج بغيره فان انقضت عدتها من الأول وتزوجت بآخر ، واللبن للأول ما لم تحمل للثانى ، او لم يطأها سواء انقطع ذلك اللبن ثم عاد أو لم ينقطع ، وسواء زاد أو نقص لأن اللبن انما ينزل للولد و لاولد هاهنا للأول فان حملت من الثانى نظرت فان لم تبلغ الى حال ينزل فيها اللبن للحمل وقدره ابن الصباغ بأربعين يوماً .

وأما الشيخ أبو حامد فقال : يرجع فيه الى معرفة القــوابل فمتى بلغت ذلك الوقت فان كان ذلك اللبن على حاله لم يزد فانه يكون للأول ، ومتى أرضعت به طفلا رضاعاً تاماً كان ابنا للأول دون الثانى ؛ وان زاد ذلك اللبن وارضعت به طفلا ففيه قولان :

قال فى القديم : هو ابنها ، وبه قال محمد وزفر وأحمد لأن اللبن الذى الذى كان من الأول قد استدام والظاهر أنه له فاذا زاد بعد أن حملت للثانى فى وقت ينزل اللبن له فى العادة فالظاهر أن الزيادة لحمل الثانى فكان المرضع بهذا اللبن ابنهما كما لو حلب امرأتان لبناً فى قدح ،أو فى فم صبى فانه يحكم بحصول رضعة من كل واحدة منهما .

وقال فى الجديد : هو ابن الأول وحده ، وبه قال أبو حنيفة لأن اللبن للأول بيقين والزيادة تجوز أن تكون لحمل الثانى ؛وتجوز أن يكون لفضل الغذاء فلم يجعل للثانى بالشك ؛ وان انقطع لبن الأول ونزل اللبن لها بعــد أن حملت ففيه قولان :

(أحدهما) أنه ابن الأول وحده ، وبه قال أبو حنيفة : لأن اللبن انمـا يكون للولد اذا كان يتغذى به ولد الأول فكان اللبن له .

(والثانى) أنه ابن الثانى وحد وبه قال أبو يوسف لأن اللبن لما انقطع ثم عاد فالظاهر أن المنقطع لبن الأول وأن الثانى للثانى (والثالث) أنه ابنهما لأن لكل واحدة منهما امارة تدل على أن اللبن له فجعل بينهما ، وان وضعت

ولد الثانى فان اللبن للثانى بكل حال لأن اللبن تابع للولد والولد ها هنـا للثانى فكان اللبن له .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان وطىء رجلان امراة وطئا يلحق به النسب فاتت بولد وارضعت بلبنه طفلا ، كان الطفل ابنا لمن يلحقـه نسب الولد ، لأن اللبن تابع للولد ، فان مات الولد ولم يثبت نسبه بالقافة ولا بالانتساب الى احـدهما ـ فان كان له ولد ـ قام مقامه فى الانتساب ، فاذا انتسب الى احدهما صـار المرضع ولد من انتسب اليه ، وان لم يكن له ولد ففى المرضع بلبنه قولان :

(احدهما) انه ابنهـما ، لأن اللبن قـد يكون من الوطء ، وقد يكون من الولد .

(والقول الثانى) انه لا يكون ابنهما ، لأن المرضع ، تابع للمناسب ولا يجوز ان يكون المناسب ابنا لاثنين ، فعلى هذا هل يخير المرضع فى الانتسـاب الى احدهما فيه قولان :

(احدهما) لا يخير لأنه لا يعرض على القافة فلا يخير بالانتساب .

(والثانى) يخير لان الولد قد ياخذ الشبه بالرضاع فى الأخلاق ويميل طبعه الى من ارتضع بلبنه . ولهذا روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((أنا افصح العرب ولا فخر ، بيد أنى من قريش ونشأت فى بنى سعد وارتضعت فى بنى زهرة)) ولهذا يقال يحسن خلق الولد اذا حسن خلق المرضعة ، ويسـوء خلقه اذا ساء خلقها فاذا قلنا انه يخير فانتسب الى احـدهما كان ابنه مـن الرضاعة ، فاذا قلنا لا يخير فهل له أن يتزوج بنتيهما ؟ فيه ثلاثة اوجه :

(احدها) وهو الأصح ، انه لا يحل له نكاح بنت واحد منهما ، لانا وان جهلنا عين الأب منهما الا انا نتحقق ان بنت احدهما أخته وبنت الآخر اجنبيـة فلم يجز له نكاح واحد منهما ، كما لو اختلطت اخته باجنبية .

(والثانى) انه يجوز أن يتزوج بنت من شاء منهما ، فاذا تزوجها حـرمت عليه الأخرى ، لأن الأصل فى بنت كل واحد منهما الاباحة وهو يشك فى تحريمها،

واليقين لا يزال بالشك ، فاذا تزوج احداهما تعينت الأخوة فى الأخرى فحرم نكاحها على التأبيد ، كما لو اشتبه ماء طاهر وماء نجس فتوضأ بأحدهما بالاجتهاد ، فان النجاسة تتعين فى الآخر ، ولا يجوز أن يتوضأ به .

(والثالث) انه يجوز ان يتزوج بنت كل واحد منهما ثم يطلقها ثم يتزوج الاخرى ، لأن الحظر لا يتعين فى واحدة منهما ، كما يجوز ان يصلى بالاجتهاد الى جهة ثم يصلى بالاجتهاد الى جهة اخرى ، ويحرم أن يجمع بينهما ، ولأن الحظر يتعين فى الجمع فصار كرجلين رأيا طائراً فقال احدهما : ان كان هذا الطائر غراباً فعبدى حر ، وقال الآخر : ان لم يكن غراباً فعبدى حر ، فطار ولم يعلم انه غراب ولا غيره ، فانه لا يعتق على واحد منهما لانفراده بملك مشكوك فيه ، وان اجتمع العبدان لواحد عتق أحدهما لاجتماعهما فى ملكه .

فصل وان أتت امرأته بولد ونفاه باللعان فارضعت بلبنه طفلا كان الطفل ابناً للمرأة ولا يكون ابناً للزوج ، لأن الطفل تابع للولد ، والولد ثابت النسب من المرأة دون الزوج فكذلك الطفل ، فان اقر بالولد صار الطفل ابناً له ، لأنه تابع للولد .

فصل وأن كان لرجل خمس امهات أولاد فثار لهن منه لبن فارتضع صبى من كل واحدة منهن رضعة ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى العباس بن سريج وابى القاسم الانماطى وابى بكر ابن الحداد المصرى : انه لا يصير المولى أباً للصبى لأنه رضاع لم يثبت به الأمومة فلم تثبت به الأبوة .

(والثانى) وهو قول ابى اسحاق وابى العباس بن القاص : انه يصير المولى ابا للصبى ، وهو الصحيح « لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات فصار ابنا له ، وان كان لرجل خمس اخوات فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة فهل يصير خالا له ؟ على الوجهين » .

الشرح ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم رضع من ثويبة مولاة أبى لهب أرضعته أياماً ، وأرضعت معه أبا سلمة عبد الله بن عبد الأشد المخزومى بلبن ابنها مسروح وأرضعت معهما حمزة بن عبد المطلب ــ واختلف فى اسلامهما ــ ثم أرضعته حليمة السعدية بلبن ابنها عبد الله أخى أنيسة وجذامة ، وهى الشيماء أولاد الحرث بن عبد العزى بن رفاعة السعدى ،

واختلف فى اسلام أبويه من الرضاعة ، وأرضعت معه ابن عمه أبا سفيان ابن الحارث بن عبد المطلب ، وكان شديد العداوة لرسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أسلم عام الفتح وحسن اسلامه . وكان عمه مسترضعاً فى بنى سعد ابن بكر . فأرضعت أمه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو عند أمه حليمة. فكان حمزة رضيع رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجهين ، من جهة ثويبة ومن جهة السعدية .

أما حواضنه صلى الله عليه وسلم فان أمه هى آمنة بنت وهبا ابن عبد مناف بن زهرة ابن كلاب . ومنهن ثويبة وحليمة والشيماء ابنتها وهى أخته من الرضاعة كانت تحضنه مع أمها » وهى التى قدمت عليه فى وفد هوزان فبسط لها رداءه ، وأجلسها عليه رعاية لحقها .

فرع وان تزوج امرأة ودخل وفارقها فتزوجت فى عدتها بآخر ووطئها جاهلا بالتحريم ، وآتت بولد ، وأرضعت بلبنه طفلا فان الرضيع يكون ابنها ؛ وأما أبو الرضيع من الرضاع فان أمكن أن يكون الولد من الأول دون الثانى كان الرضيع ابن الأول دون الثانى ؛ وان مكن أن يكون ابنا لواحد منهما لم يكن ابناً لواحد منهما ، وان أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما عرض على القافة ، فانها ان ألحقته لحقه الرضيع أيضاً .

وان ألحقته القافة بهما ؛ أو نفته عنهما أو لم تكن قافة ، أو كانت أو أشكل الأمر عليها فان الولد يترك الى أن يبلغ وينسب الى من يميل اليه طبعه فاذا انتسب الى أحدهما لحقه نسبه ، وتبعه الرضيع ، وان كان الولد معتوهاً أو مجنوناً لم يصح انتسابه . فان كان للولد ولد لم يصح أن ينتسب الى أحدهما مادام أبوه حياً فان مات الولد قبل أن يلحق بأحدهما بالقافة ، أو بالانتساب ، وأقام ولده مقامه فى الانتساب الى أحدهما فاذا انتسب الى أحدهما تبعه الرضيع .

وان لم يكن له ولد قال الشافعى : ضاع نسبه ، يريد أنه لا ينسب الى أحدهما وما حكم الرضيع ؟ فيه قولان :

(أحدهما) أنه يكون ابنهما لأن اللبن قد يثور للوطء ، وقد يثور للولد فعلى هذا لا يجوز له أن يتزوج ببنت أحدهما •

(القول الثانى) لا يكون ابنهما لأن الرضيع تابع للولد فاذا لم يجز أن يكون الولد ابنهما فكذلك الرضيع •

فعلى هذا هل له أن ينتسب الى من يميل طبعه أنه ارتضع بلبنه منهما ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز أن ينسب الى أحدهما لأن الولد انما جوز له أن ينسب الى أحدهما لأنه مخلوق من ماء أحدهما وطبع الانسان يميل الى من خلق من مائه ؛ وهذا المعنى لا يوجد فى الرضيع ، ولهذا يجوز عرض الولد على القافة ، ولا يجوز أن يعرض الرضيع على القافة •

(والثانى) يجوز له أن ينسب الى من يميل طبعه اليه لأن طبعه يميل الى من ارتضع بلبنه لأن اللبن يؤثر فى الطباع •

فاذا كانت المرضعة على صفة من حسن خلق أو غيره انتقل ذلك الى من أرضعته ولهذا قال صلى الله عليه وسلم : « أنا أفصح العرب ولا فخر مبدئى من قريش ، ونشأت فى بنى سعد ، وارتضعت فى بنى زهرة » مبدئى أى من أجل أنى من قريش •

وروى أن عمر رأى رجلا فقال : أنت من بنى فلان ؟ فقال : لست منهم نسبا انما أنا منهم رضاعاً ؛ وقيل ان المولود اذا سقى لبن البهيمة تطبع بطبع البهيمة فاذا قلنا له أن ينسب الى أحدهما فانتسب الى أحدهما صار ابنا له وجاز أن يتزوج بنت الآخر ، وان قلنا : ليس له أن ينتسب الى أحدهما فهل له أن يتزوج بنت أحدهما ؟ فيه ثلاثة أوجه :

(أحدها) ليس له أن يتزوج بنت أحدهما ، وهو اختيار الشيخ أبى اسحاق لأنا تحققنا أن احداهما محرمة عليه وان جهلنا عينها فحرمتا عليه كما لو اختلطت أجنة بأجنة واشتبهتا عليه •

(والثانى) وهو اختيار أبى على بن أبى هريرة أن له أن يتزوج بنت أحدهما فاذا تزوج بنت أحدهما حرمت عليه الأخرى على التأبيد لأن قبل التزويج يجوز تحريم كل واحدة منهما فاذا تزوج احداهما فقد قطع أن الأخرى هى المحرمة عليه فحرمت عليه أبداً كما لو اشتبه عليه اناءان فى أحدهما نجاسة فأداه اجتهاده إلى طهارة أحدهما وتوضأ به فان النجاسة تتعين فى الآخر .

(والثالث) وهو قول أبى اسحق واختيار أبى حامد أنه يجوز له أن يتزوج بنت كل واحد منهما على الانفراد لأن قبل الرضاع كانتا حلالا له وبعده شككنا فى المحرمة منهما . ولا يزال اليقين بالشك ، ولا يجوز له الجمع بينهما لأن الخطأ يتيقن بالجمع كما لو رأى رجلان طائراً فقال أحدهما ان كان هذا الطائر غراباً فعبدى حر ، وقال الآخر ان لم يكن غراباً فعبدى حر فطار ولم يعرف فانه لا يعتق أحدهما عبده فاذا اجتمعا فى ملك أحدهما قال الشيخ أبو اسحق عتق عليه أحدهما ، وقال الشيخ أبو حامد يعتق عليه عبد الآخر لأن امساكه لعبده اقرار منه بحرية عبد الآخر .

فـــرع وان أتت امراته بولد وأرضعت بلبنه طفلا فنفى الزوج الولد باللعان كان الرضيع ابن المرضعة دون الزوج لأن الرضيع تابع للولد فاذا لم يثبت نسب الولد لم يكن الرضيع ابناً له ، وان زنى رجل بامرأة فأتت بولد فأرضعت بلبنها صغيره ثبت التحريم بينهما وبين أولاد المرضعة . ولا يثبت التحريم بين المرضعة وبين الزانى لأنها تابعة للولد والولد غير ثابت النسب منه ، وكذلك الرضيع والورع للزانى أن لا يتزوجها ، وقال أبو حنيفة : « لا يجوز له أن يتزوجها ، وقال أبو حنيفة ، « لا يجوز له أن يتزوجها ، وقد مضى الدليل عليه فى النكاح » .

فـــرع وان كان لرجل خمس أمهات أولاد له منهن لبن طفل فارتضع طفل من كل واحدة منهن رضعة لم تصر واحدة منهن أما له لأنه لم يرتضع منها رضاعاً تاماً ، وهل يصير سيدهن أبا له ؟ فيه وجهان :

Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

(أحدهما) وهو قول ابن سريج ، والأنماطى ، وابن الحداد أنه لا يصير أبا له لأن الأبوة تابعة للأمومه فاذا لم يثبت بهذا الرضاع أمومة لم يثبت به أبوة .

(والثانى) وهو قول أبى اسحق المروزى ، وابن القاص قال القاضى أبو الطيب والشيخ أبو اسحق ، وهو الاصح أنه يصير أباً له لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات منفرقات فهو كما لو ارتضع ذلك من واحدة منهن فان كان لرجل خمس أخوات لهن لبن فارتضع صبى من كل واحدة منهن رضعة لم تص.. واحدة منهن آماً له وهل يصير أخوهن خالا له ؟ قال أكثر أصحابنا فيه وجهان كالتى قبلها ، قال الشيخ أبو حامد : فاذا قلنا يصير خالا لم يجز للرضيع أن يتزوج بواحدة من المرضعات له لأنها خالته ، وقال ابن الصباغ : هذا بعيد لأن الخؤولة فرع على الأمومة فاذا لم تثبت الأمومة لم تثبت لخؤولة بخلاف الأبوة ، وان كان لأمرأة خمس بنات لهن لبن فارتضع صبى من كل واحدة منهن رضعة لم تصر واحدة منهن آماً له هل تصير أمهن جدة له ؟ قال القاضى أبو الطيب : من قال فى خمس امهات الأولاد أن سيدهن لا يصير أباً له قال ها هنا لا تصير أم المرضعات جدة له ، ومن قال هناك يصير سيدهن أباً له خارج فى الجدة ها هنا وجهين :

(أحدهما) لا تصير جدة له لأن كونها جدة فرع على كون بنتها أماً فاذا لم تثبت أمومة بينها لم تصر جدة .

(والثانى) تصير جدة له وهو اختيار القاضى أبى الطيب لأنه ارتضع من لبن ولد منها خمس رضعات متفرقات فهو كما لو ارتضعه من واحدةمنهن، فاذا قلنا بهذا فالذى يقتضى المذهب أنه لا يحل له نكاح واحدة من المرضعات لأنها بنت جدته ولا يحل له نكاح بنت جدته من النسب فكذلك من الرضاع وان كان لرجل أم لها لبن وأخت لها لبن وبنت لها لبن وزوجة لها لبن وامرأة أخ لها لبن فارتضع صبى من كل واحدة منهن رضعة لم تصر واحدة منهن أماً له وهل تثبت الحرمة بينه وبين هذا الرجل ؟ ينى على ثبوت الحرمة للجدة فى التى قبلها ، وان قلنا : لا يثبت للجدة حرمة فهاهنا أولى أن لا يثبت ، وان قلنا : يثبت للجدة حرمة فهاهنا وجهان :

(أحدهما) يثبت لأنه قد وجد العدد في حقه •

(والثاني) لا يثبت لأن الرضعات من جهات مختلفة فلا يمكن أن يسمى له أباً ولا أخاً ولا جداً ولا عما ولا خالا بخلاف الجدة •

فـــرع وان كان لرجل زوجة له منها لبن فأرضعت به طفلا ثلاث رضعات ثم طلقها الزوج وانقضت عدتها منه وتزوجت آخـــر وولدت منــه وأرضعت ذلك الطفل رضعتين صارت أماً له ولم يصر واحد من الزوجين أباً له لأنه لم يرضع من لبن أحدهما خمس رضعات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان كان للرجل زوجة صغيرة فشربت من لبن امـه خمس رضعات انفسخ بينهما النكاح لأنها صارت اخته ، وان كانت له زوجـة كبيرة وزوجة صغيرة فارضعت الكبيرة الصغيرة خمس رضعات انفسخ نكاحهما ، لأنه لا يجوز أن يكون عنده امراة وابنتها ، فان كان له زوجتان صـغيرتان فجاءت امراة فارضعت احداهما خمس رضعات ، ثم ارضعت الأخرى خمس رضـعات ففيه قولان :

(احدهما) ينفسخ نكاحهما ، وهو اختيار المزني لأنهما صارتا اختين فانفسخ نكاحهما ، كما لو ارضعتهما في وقت واحد •

(والثاني) أنه ينفسخ نكاح الثانية ، لأن سبب الفسخ حصل بالثانيـــة فاختص نكاحها بالبطلان ، كما لو تزوج احدى الأختين بعد الأخرى •

فصــــل ومن افسد نكاح امراة بالرضاع فالمنصوص انه يلزمه نصف مهر المثل ونص في الشاهدين بالطلاق اذا رجعا على قولين :

(احدهما) يلزمهما مهر المثل •

(والثاني) يلزمهما نصف مهر المثل • واختلف اصحابنا فيه ، فنقـل ابو سعيد الاصطخري جوابه من احـدى المســالتين الى الأخـرى وجعلهـما على قولين :

(احدهما) يجب مهر المثل لأنه اتلف البضع فوجب ضمان جميعه •

(والثانى) يجب نصف مهر المثل لانه لم يغرم لصغيرة الا نصف بدل البضع فلم يجب له اكثر من نصف بدله .

وقال ابو اسحاق : يجب فى الرضاع نصف المهر وفى الشهادة يجب الجميع ، والفرق بينهما أن فى الرضاع وقعت الفرقة ظاهراً وباطناً وتلف البضع عليه . وقد رجع اليه بدل النصف فوجب له بدل النصف . وفى الشهادة لم يتلف البضع فى الحقيقة ، وانما حيل بينه وبين ملكه فوجب ضمان جميعه ، والصحيح طريقة أبى اسحاق وعليها التفريع . وان كان لرجل زوجة صغيرة فجاء خمسة أنفس وارضع كل واحد منهم الصغيرة من لبن أم الزوج او أخته رضعة وجب على كل واحد منهم خمس نصف المهر لتساويهم فى الاتلاف ، وان كانوا ثلاثة فارضعها احدهم رضعة وارضعها كل واحد من الآخرين رضعتين ففيه وجهان :

(احدهما) انه يجب على كل واحد منهم ثلث النصف ، لأن كل واحد منهم وجد منه سبب الاتلاف فتساووا فى الضمان ، كما لو طرح رجل فى خل قدر دانق من نجاسة ، وآخر قدر درهم .

(والثانى) يقسط على عدد الرضعات فيجب من أرضع رضعة الخمس من نصف المهر ، وعلى كل واحد من الآخرين الخمسان ، لأن الفسخ حصل بعدد الرضعات فتقسط الضمان عليه .

فصل اذا ارتضعت الصغيرة من ام زوجها خمس رضعات والأم نائمة سقط مهرها لأن الفرقة قد حصلت بفعلها فسقط مهرها ولا يرجع الزوج عليها بمهر مثلها ولا بنصفه ، لأن الاتلاف من جهة العاقد قبل التسليم لا يوجب غير المسمى ، فان ارتضعت من ام الزوج رضعتين والأم نائمة وارضعتها الأم تمام الخمس والزوجة نائمة وارضعتها الأم تمام الخمس والزوجة نائمة ففيه وجهان .

(احدهما) انه يقسط من نصف المسمى نصفه وهو الربع ، ويجب الربع .

(والثانى) يسقط على عدد الرضعات فيسقط من نصف المسمى خمسان ويجب ثلاثة اخماسه ووجهها ما ذكرناه فى المسالة قبلها وبالله التوفيق) .

الشرح اذا تزوج الرجل صغيرة فأرضعته أمه وأخته أو امرأة ينفسخ النكاح برضاعها خمس رضعات متفرقات ، فان كان قد سمى لها صداقاً فاسداً وجب لها نصف مهر المثل ، وان سمى لها صداقاً صحيحا وجب

لها نصف المسمى ويرجع الزوج على المرضعة بضمان ما أتلفته من البضع ، سواء تعمدت فسخ النكاح أو لم تتعمد • وقال مالك : لا يرجع بشيء •

وقال أبو حنيفة : ان تعمدت فسخ النكاح رجع عليها ؛ وان لم تتعمد فسخ النكاح لم يرجع عليها •

دليلنا قوله تعالى : « وا نفانكم شيء من أزواجكم الى الكفار فعاقبتم فآتوا الذين ذهبت أزواجهم مثل ما أنفقوا » وذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم صالح قريشا عام الحديبية على أن المرأة المسلمة اذا هاجرت ردها زوجها اليهم فنهاه الله عن ذلك وأمره برد مهورهن الى أزواجهن لأنه حال بينهن وبين أزواجهن ، فدل على أن كل من حال بين الرجل وبين زوجته كان عليه ضمان البضع ، وهذه المرضعة قد حالت بينها وبين زوجها فكان عليها الضمان • وعند أبى حنيفة أن كل ما ضمن بالعهد ضمن بالخطأ كالأموال •

فـرع اذا تزوج رجل صغيرة لها دون الحولين فأرضعتها أمه من النسب أو الرضاع خمس رضعات متفرقات انفسخ نكاحه منها لأنها ان أرضعتها بلبن أبيه صارت أخته لأبيه وأمه وان أرضعتها بغير لبن أبيه صارت أخته لأمه ، وان أرضعتها أم أمه من النسب أو الرضاع انفسخ نكاحه منها لأنها صارت خالته وان أرضعتها امرأة أبيه قطرت فان كان بلبن أبيه انفسخ نكاحه منها لأنها صارت أخته لأبيه وان أرضعتها بغير لبن أبيه لم ينفسخ النكاح لأنها تصير بنت امرأة أبيه وهى لا تحرم عليه ، وان أرضعتها أم أبيه من النسب أو الرضاع انفسخ النكاح لأنها تصير عمته وان أرضعتها ابنته من النسب أو الرضاع انفسخ النكاح لأنها تصير بنت أبيه وان أرضعتها بغير لبن ولده لم ينفسخ النكاح ، وان أرضعتها امرأة أخيه بلبن أخته انفسخ النكاح لأنها تصير بنت أخيه ؛ وان أرضعتها بغير لبن أخته لم ينفسخ النكاح وان أرضعتها امرأة عمه أو امرأة خاله لم ينفسخ النكاح لأن بنت عمه وبنت خاله لا تحرم عليه وان أرضعت امرأة أجنبية صبيا أو صبية لهما دون الحولين

ثم كبر الغلام فله أن يتزوج أم أخته للرضاع من النسب وأختها لأنه ليس بينهما ما يوجب التحريم وكذلك لو كان لأخته من النسب أمه من الرضاع جاز له أن يتزوجها .

فـــرع وان كان لرجل زوجة كبيرة وزوجة صغيرة لهـا دون الحولين فأرضعت الكبيرة خمس رضعات متفرقات انفسخ نكاحها بكل حال لأنها تصير بنتاً لها ولا يجوز الجمع بين المرأة وبنتها فان أرضعتها بلبن الزوج حرمتا على التأبيد لأن الكبيرة صارت من أمهات نسائه والصغيرة صارت بنتاً له ، وان أرضعتها بلبن الزوج حرمت عليه الكبيرة على التأبيد سواء دخـل بها أو لم يدخل لأنها صارت من أمهات النساء . أما الصغيرة فان كان قبد دخل بالكبيرة حرمت أيضاً على التأبيد لأنها ربيبته دخل بأمها وان لم يدخل بالكبيرة لم تحرم عليه الصغيرة على التأبيد بل يجوز له العقد عليها لأنهـا ربيبة لم يدخل بأمها .

اذا ثبت هذا فحكم القدر الذى يرجع به على المرضعة ، نص الشافعى ههنا أنه يرجع عليها بنصف مهر المثل ، ونص فى الشاهدين اذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته قبل الدخول وحكم بشهادتهما ثم رجعا عن الشـــهادة فانها لا ترد اليه ، وبماذا يرجع الزوج عليهما ؟ فيه قولان : (أحدهما) يرجع عليهما بنصف مهر المثل . (والثانى) يرجع عليهما بجميع مهر المثل ، لأنها أتلفت عليه البضع فرجع عليهما بقمته . (والثانى) يرجع عليهما بنصف مهر المثل ، لأنه لم يغرم الا نصف بدل البضع فلم يجب له أكثر من نصف بدله ، وحملها أبو اسحاق وأكثر أصحابنا على ظاهرهما فجعـلوا فى الشـاهدين قولين ، وفى المرضعة للزوج يرجع عليها بنصف مهر المثـل قولاً واحـداً ، لأن الفرقة فى الرضاع وقعت ظاهراً وباطناً ، والذى غرم الزوج نصف المهر فلم يرجع عليها بأكثر من بدله . وفى الشاهدين لم تقع الفرقة ظاهراً وباطناً ، وانما وقعت فى الظاهر وهما يقران أنها زوجته الآن ؛ وانما حالا بينه وبينها فرجع عليهما بقيمة جميع البضع : وقال أبو حنيفة : يرجع على المرضـــعة بنصف المسمى .

دليلنا أن هذا تعلق بالاتلاف فلم يضمن بالمسمى ؛ وانما يضمن بقيمته كضمان الأموال ؛ فاذا قلنا يرجع عليها بنصف مهر المثل — وهو الأصح وعليه التفريع — فجاء خمسة أنفس وأرضعوا الصغيرة من أم الزوج كل واحد منهم رضعة . فان الزوج يرجع على كل واحد منهم بخمس نصف مهر ليساويهم فى الاتلاف . وان كانوا ثلاثة فأرضعها اثنان كل واحد منهما رضعة من لبن أم الزوج وأرضعها للثالث منها ثلاث رضعات ففيه وجهان .

(أحدهما) يجب على كل واحد منهم ثلث نصف مهر المثل ، لأن كل واحد منهم وجد منه سبب الاتلاف فتساووا فى الضمان ، كما لو كان عبد بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر السدس وللثالث الثلث ، فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس نصيبهما فى وقت واحد .

(والثانى) يقسط النصف على عدد الرضعات فيجب على من أرضع رضعة خمس نصف مهر المثل وعلى من أرضع ثلاث رضعات ثلاثة أخماس نصف مهر المثل ، لأن الفسخ حصل بعدد الرضعات فقسط الضمان عليهن .

فـــرع وان كان للرجل ثلاث زوجات صغيرات ورابعة كبيرة وللكبيرة ثلاث بنات من النسب أو الرضاع لهن لبن ، فأرضعت كل واحدة من بنات الزوجة الكبيرة واحدة من الثلاث الزوجات الصغار نظرت — فان وقع رضاعهن دفعة واحدة بأن اتفقن فى الخامسة — انفسخ نكاح الكبيرة والصغائر ، لأنه لا يجوز الجمع بينهن وبين جدتهن وان كان الزوج لم يدخل بالكبيرة فانهن يرجعن عليه بنصف المسمى ، ويرجع الزوج على كل واحدة من بنات الكبيرة بنصف مهر الصغيرة التى أرضعت ، ويرجع على الثلاث المرضعات بنصف مهر الكبيرة بينهن أثلاثا . ومن أصحابنا من قال : يرجع بنصف مهر كل واحدة من الصغار على الثلاث المرضعات بينهن بالسوية كنصف مهر الكبيرة ؛ لأنهن اشتركن فى افساد نكاح كل واحدة منهن ، والأول أصح . وتحرم عليه الكبيرة على التأبيد . وأما الصغار فلا يحرمن عليه بل يجوز له ابتداء عقد النكاح على كل واحدة منهن ، ويجوز له الجمع

بينهن لأنهن بنات خالات ، وان كان قد دخل بالكبيرة حرمن جميعاً على التأبيد ، والكلام فى مهور الصغائر ما مضى ، وأما مهر الكبيرة فانه يرجع على الثلاث المرضعات بينهن أثلاثا •

وقال ابن الحداد : لا يرجع عليهن بمهر المثل لأنه قد وطئها ، فلو ثبت له الرجوع لكانت فى المعنى المرهونة ، وهذا ليس بصحيح ، لأن المهر يرجع به على غيرها فلا تكون فى معنى المرهونة •

وان نقدم ارضاع بعضهن على بعض فان الأولة من بنات الكبيرة لما أرضعت واحدة من الصغار انفسخ نكاح الصغيرة والكبيرة ورجع الزوج على المرضعة بنصف مهر مثل الصغيرة وبنصف مهر الكبيرة ان لم يدخل بها وبجميع مهرها ان دخل بها على الأصح وحرمت الكبيرة على التأبيد ، فلما أرضعت الثانية الصغيرة وأرضعت الثالثة الصغيرة الثالثة ، فان كان الزوج قد دخل بالكبيرة انفسخ نكاحهما لأنهما بنتا ابنة امرأته المدخول بها والكلام فى مهرهما على ما مضى ، وان كان لم يدخل بالكبيرة لم ينفسخ نكاحهما لأنهما بنتا ابنة امرأته التى لم يدخل بها •

فرع وان كان له أربع زوجات كبيرة وثلاث صغار لهن دون الحولين فأرضعت الكبيرة كل واحدة منهن خمس رضعات متفرقات نظرت فان أرضعتهن بلبن الزوج انفسخ نكاح الزوج وحرمن على التأبيد سواء دخل بالكبيرة أو لم يدخل بها وسواء أرضعتهن فى حالة واحدة أو فى أوقات متفرقات لأن الصغار صرن بناته وصارت الكبيرة أماً لهن ولا يجوز الجمع بين المرأة وابنتها ، وان أرضعتهن بغير لبن الزوج ففيه أربع مسائل :

(احداهن) أن ترضع اثنتين منهن فى حالة واحدة والثالثة بعدهما وذلك بأن ترضع كل واحدة من الأولتين أربع رضعات ثم ألقمت كل واحدة منهما ثدياً فى الخامسة وارتضعتا معاً وقطعتا أو حلبت اللبن فى موضعين وسقتهما ذلك اللبن فى حالة واحدة ، ثم أرضعت الثالثة بعد ذلك فان نكاح الكبيرة

والأولتين ينفسخ . أما الكبيرة فلأنه لا يجوز الجمع بينها وبين ابنتهـا في النكاح . وأما الصغيرتان فانه لا يجوز الجمع بينهما وبين أمهـا ولأن كل واحدة منهما صارت أخت الأخرى ولا يجوز الجمع بين الأختين وتحرم الكبيرة على التأبيد سواء دخل بها أو لم يدخل بها لأنها صارت من أمهات النسـاء وأما الصغيرتان فان كان دخل بالكبيرة حرمتا أيضاً على التأبيد لأنهما ربيبتان دخل بأمهما فان لم يدخل بالكبيرة جاز له أن يعقد على كل واحدة منهما لأنهما ربيبتان لم يدخل بأمهما ولا يجوز أن يجمع بينهما لأنهما أختان فاذا أرضعت الثالثة بعد ذلك فان كان قد دخل بالكبيرة انفسخ نكاح الثالثة لأنها ربيبـة قد دخل بأمها وحرمت على التأبيد وان لم يدخل بالكبيرة لم ينفسخ نـكاح الثالثة لأنها ربيبة لم يدخل بأمها .

(الثانية) اذا أرضعت الأولة خمس رضعات ثم أرضعت الأخرتين معـاً . فانها لما أرضعت الأولة انفسخ نكاح الكبيرة ونكاح الأولة وحرمت الكبيرة على التأبيد فان كان قد دخل بالكبيرة حرمت الأولة على التأبيد وان لم يدخل بها لم تحرم على التأبيد . وأما الأخريان فان نكاحهما ينفسخ لأنهما صارتا أختين في حالة واحدة ولا يجوز الجمع بين الأختين فان كان قد دخل بالكبيرة حرمتا على التأبيد وان لم يدخل بها لم يحرما على التأبيد .

(الثالثة) اذا أرضعت الثلاث واحدة بعد واحدة فانها لما أرضعت الأولة انفسخ نكاح الكبيرة والصغيرة لأنه لا يجوز الجمع بين المرأة وبنتها وتحرم الكبيرة على التأبيد بكل حال . وأما الصغيرة فان كان قد دخل بالكبيرة حرمت أيضاً على التأبيد وان لم يدخل بالكبيرة لم تحرم على التأبيد فاذا أرضعت الثانية فهل ينفسخ نكاحها نظرت فان كان قد دخل بالكبيرة انفسخ نكاحها لأنها ربيبة قد دخل بأمها وحرمت على التأبيد وان لم يدخل بالكبيرة لم ينفسخ نكاحها لأنها ربيبة لم يدخل بأمها فاذا أرضعت الثالثة فان كان قد دخـل بالكبيرة انفسخ نكاحها وحرمت على التأبيد ، وان لم يدخل بالكبيرة فقـد صارت هي والثانية أختين وما الحكم فيهما ؟ فيه قولان :

قال فى القديم ينفسخ نكاحهما وبه قال أبو حنيفة واختاره المزنى لأنها أخوة اجتمعت فى النكاح فانفسخ النكاح كما لو أرضعتهما معاً والثانى ينفسخ الثالثة وحدها لأن الجمع تم بها فاختصت بفساد النكاح كما لو تزوج بأختين احداهما بعد الأخرى فان فساد النكاح يختص بالثانية •

(الرابعة) اذا أرضعته فى حالة واحدة بأن ترضع كل واحدة أربع رضعات ؛ ثم تحلب ثلاثة أوقات متفرقة ثم تسقين الخامسة دفعة واحدة فينفسخ نكاح الكبيرة وجميع الصغار وتحرم الكبيرة على التأبيد • وأما الصغار فان دخل بالكبيرة حرمن على التأبيد وان لم يدخل بها لم يحرمن على التأبيد الا أنهن صرن أخوات فلا يجوز له الجمع بين اثنتين منهن وانما له أن يتزوج كل واحدة منهن على الانفراد •

فـــرع اذا كان له ثلاث زوجات كبيرتان وصغيرة فأرضعتها كل واحدة من الكبيرتين أربع رضعات ثم حلبت كل واحدة منهما لبناً منها وخلطتاه ؛ وسقتاه الصغيرة معاً انفسخ نكاح الكبيرتين والصغيرة وعلى الزوج للصغيرة نصف المسمى وللزوج على الكبيرتين نصف مهر مثل الصغيرة بينهما نصفين •

وأما مهر الكبيرتين فان كان قد دخل بهما فلهما عليه المهر المسمى ؛ ويرجع الزوج على كل واحدة منهما بنصف مهر مثل صاحبتها ، لأن كل واحدة منهما أتلفت بضع صاحبتها ، ونكاح كل واحدة منهما انفسخ بفعل نفسها ، وفعل صاحبتها فلا تضمن كل واحدة منهما من مهر صاحبتها الا ما قابل فعلها ، وان كان لم يدخل بهما فلكل واحدة منهما ربع مهرها المسمى على الزوج ، لأنه لو لم يكن من جهتها سبب فسخ النكاح لاستحقت نصف مهرها المسمى • ولو انفسخ نكاحها بفعلها سقط جميع مهرها ، فاذا انفسخ نكاحها قبل الدخول لا مهر لها ، وما قابل فعل صاحبتها لا يسقط ، ويرجع الزوج على كل واحدة منهما بربع مهر مثل صاحبتها لأنه قيمة ما أتلفته من بضع صاحبتها •

قال الشيخ أبو حامد : فان كانت بحالها الا أن أحدهما انفرد بايجارها اللبن المخلوط منهما انفسخ نكاح الجميع ، وللصغيرة على الزوج نصف المسمى ، ويرجع الزوج على المؤجرة بنصف مهر الصغيرة لأنها هى انفردت بالاتلاف .

وأما مهر الكبيرتين ــ فان كان الزوج لم يدخل بالتى لم تؤجر ــ كان لها على الزوج نصف المسمى ، ويرجع الزوج على المؤجرة بنصف مهر مثل التى لم تؤجر ، وان كان قد دخل بالتى لم تؤجر فلها على الزوج جميع ما سمى لها ، ويرجع الزوج على المؤجرة بجميع مهر مثل التى لم تؤجر .

وأما مهر المؤجرة ــ فان كان ذلك قبل الدخول بها ــ فلا شىء لها ، وان كان بعد الدخول عليها فلها جميع المسمى ولا يسقط عنه شىء منه وتحرم الكبيرتان عليه على التأبيد بكل حال .

وأما الصغيرة ــ فان دخل بالكبيرتين أو باحداهما حرمت عليه على التأبيد ، وان لم يدخل بواحدة منهما جاز له ابتداء العقد على الصغيرة .

فرع وان تزوج صغيرة فارتضعت من أم الزوج خمس رضعات متفرقات ، والأم قائمة انفسخ نكاحها وسقط مهرها ؛ لأن الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول فان ارتضعت من الأم رضعتين وهى نائمة ، ثم أرضعتها الأم ثلاث رضعات متفرقات انفسخ نكاحها .

قال الشيخ أبو اسحاق : وفى قدر ما يسقط عنه من نصف المسمى وجهان .

(أحدهما) يسقط نصفه وهو الربع ويجب عليه الربع .

(والثانى) يقسط على عدد الرضعات فيسقط من نصف المسمى الخمسان ، ويجب ثلاثة أخماسه ، فاذا قلنا بالأول وجب على الأم للزوج ربع مهر المثل ، واذا قلنا بالثانى وجب على الأم ثلاثة أخماس نصف مهر المثل .

وان تقاطر من لبن أمه فى حلق زوجته الصغيرة فوصل الى جوفها خمس رضعات انفسخ نكاحها فوجب عليه للصغيرة نصف المسمى ؛ ولا يرجع الزوج على الأم بشئ لأنه ليس من جهة أحدهما فعل •

فـــرع وان ارتضعت زوجته الصغيرة من زوجته الكبيرة خمس رضعات متفرقات والكبيرة قائمة انفسخ نكاحهما وسقط مهر الصغيرة ، وان كان لم يدخل بالكبيرة رجعت على الزوج بنصف مهرها المسمى ، ورجع الزوج فى مال الصغيرة بجميع مهر مثل الكبيرة على قول أكثر أصحابنا ، ولا يرجع عليها بشيء على قول ابن الحداد •

فـــرع وان كان له زوجة صغيرة وزوجة كبيرة وللكبيرة ابن من غير هذا الزوج له زوجة لها لبن من ابن الكبيرة فارضعت به الصغيرة انفسخ نكاح الكبيرة والصغيرة ؛ لأن الكبيرة صارت جدة الصغيرة ، ولا يجوز الجمع بين المرأة وجدتها ؛ وتحرم الكبيرة على التأبيد ، وأما الصغيرة ــ فان كان قد دخل بالكبيرة ــ حرمت عليه على التأبيد ، وان لم يدخل بالكبيرة لم تحرم عليه على التأبيد ؛ ويجب على الزوج لصغيرة نصف المسمى ، ويرجع الزوج على زوجته الكبيرة بنصف مهر مثل الصغيرة • وأما الكبيرة فان لم يدخل بها وجب لها نصف مهرها المسمى ، ويرجع على زوجة الابن بنصف مهر مثل الكبيرة ؛ وان دخل بالكبيرة رجعت الكبيرة بجميع مهرها المسمى ؛ ويرجع الزوج على زوجة ابنها بجميع مثل الكبيرة على قول أكثر أصحابنا ولا يرجع عليها بشيء ها هنا على قول ابن الحداد •

فـــرع وان كان له زوجة كبيرة وصغيرة فطلق الصغيرة ثم أرضعتها الكبيرة انفسخ نكاح الكبيرة لأنها صارت أم من كانت له زوجة ، وان طلق الكبيرة ، وأرضعت الصغيرة ، فان أرضعتها بلبن الزوج انفسخ نكاح الصغيرة لأنها صارت ابنته ، وان أرضعتها بغير لبن الزوج فان كانت الكبيرة مدخولا بها انفسخ نكاح الصغيرة أيضاً لأنها صارت بنت امرأة له مدخول بها ؛ وان لم يدخل بالكبيرة لم ينفسخ نكاح الصغيرة لأنها بنت امرأة لم يدخل بها •

فــــرع اذا كان له أربع زوجات ثلاث منهن كبار وواحدة صغيرة فأرضعتها كل واحدة من الثلاث الكبار خمس رضعات متفرقة انفسخ نكاح الجميع لأن كل واحدة من الكبار صارت أما لمن كانت له زوجة ، ويحرمن الكبار على التأبيد وأما الصغيرة فان أرضعتها واحدة منهن بلبن الزوج ؛ أو بغير لبن الزوج الا أن واحدة منهن مدخول بها حرمت على التأبيد ؛ وان لم ترضع بلبن الزوج ، ولا فى الكبار مدخول بها لم تحرم الصغيرة على التأبيد بل له أن يعقد عليها •

قال ابن الحداد : وان كان له ثلاث زوجات كبيرتان وصغيرة فأرضعتها كل واحدة أربع رضعات ثم حلبتا في مسقط لبنهما وأوجرتاها تمت بها الخامسة من كل واحدة منهما فينفسخ نكاح الجميع ، وتحرم الكبيرتان على التأبيد بكل حال • وأما الصغيرة فان كان دخل بالكبيرتين ، أو باحداهما حرمت الصغيرة أيضاً على التأبيد ، وان لم يدخل بواحدة منهما لم تحرم على التأبيد •

قلت وهذا اذا كان اللبن لغير الزوج ، وأما اذا كان لبنهما أو لبن احداهما للزوج فان الصغيرة تحرم عليه على التأبيد على كل حال •

فــــرع وان كان له زوجتان كبيرة وصغيرة فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة خمس رضعات انفسخ نكاح الكبيرة والصغيرة لأنه صار جامعاً بين نكاح أختين وذلك لا يجوز وان أرضعتها جدة الكبيرة انفسخ نكاحهما لأن الصغيرة صارت خالة الكبيرة ، وان أرضعتها أخت الكبيرة انفسخ نكاحهما لأن الكبيرة تصير خالة الصغيرة فان أرضعتها أم أبى الكبيرة انفسخ نكاحهما لأن الصغيرة صارت عمة الكبيرة ، ويجوز له أن يعقد على كل واحدة منهما على الانفراد لأنه لا يمنع أن يتزوج بخالة من كانت زوجته ولا عمتها سواء دخل بالكبيرة أو لم يدخل بها •

فــــرع وان كان لرجل زوجتان كبيرة وصغيرة فطلقهما وتزوجهما

آخر فأرضعت الكبيرة الصغيرة انفسخ نكاحهما من الثانى فان أراد الأول أن يتزوج بهما لم يجز له أن يتزوج بالكبيرة لأنها ام من كانت زوجته و.ما الصغيرة ، فان دخل بالكبيرة لم يجز له أن يتزوج بالصغيرة أيضاً لأنها بنت امرأة دخل بها ، وان لم يكن دخل بالكبيرة فله آن يتزوج بها لأنها بنت امرأة لم يدخل بها •

فــرع وان كان لرجل زوجة كبيرة ولآخر زوجة صــغيرة فطلق كل واحد منهما زوجته فتزوج من كانت تحته الصغيرة الكبيرة وتزوج مــن كان تحته الكبيرة الصغيرة ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة فان نكاح الكبيرة ينفسخ وتحرم على التأبيد لأنها صارت أم من كانت زوجته •

وأما الصغيرة فان كان زوجها قد دخل بالكبيرة قبل أن يطلقها انفســخ نكاح الصغيرة وحرمت عليه على التأبيد لأنها بنت امرأة دخل بها ؛ وان لم يكن دخل بها لم ينفسخ نكاحها لأنها بنت امرأة لم يدخل بها •

فــــرع قال المزنى فى المنثور : اذا زوج الرجــل أمته الــكبيرة بعبده الصغير ثم أعتقها سيدها فاختارت فسخ النكاح لكونها حــرة تحت عبد ثم تزوجت بآخر وولدت له وأرضعت بلبنه زوجها الأول انفسخ نكاحها من زوجها لأنها حليلة ابنه • قال أصحابنا : وهكذا اذا زوج الرجل ابنــه الطفل الكبيرة فوجدت به عيباً ؛ وفسخت النكاح ثم تزوجت بكبير وولدت منه وأرضعت بلبنه زوجها الأول انفسخ نكاحها من زوجها لأنها حليلة ابنه وحرمت عليهما على التأبيد •

وان تزوجت امرأة برجل وحصل لها منه لبن فطلقها ، و تزوجت بعــده بطفل فأرضعته بلبن الزوج الأول خمس رضعات انفسخ نكاحها من الصغير وحرمت عليه على التأبيد لأنها أمه وحليلة ابنة ، وحرمت على زوجها الأول على التأبيد لأنها حليلة ابنه •

فــــرع اذا كان هناك أخوان لأحدهما ابن وللآخــر ابنة فزوج الصغيران أحدهما من الآخر فأرضعت أم الأخوين أحد الصغيرين انفســخ

نكاحهما لأنها ان أرضعت الابن صار عم زوجته ؛ وان أرضعت الأبنة صارت عمة زوجها ؛ وان زوج الصغير بابنة عمه الصغيرة فأرضعت جدتهما أحدهما انفسخ نكاحها لأنها ان أرضعت الابن صار خال زوجته ؛ وان أرضعت الابنة صارت عمة زوجها ؛ وان زوج الصغير بابنة خاله الصغيرة فأرضعت جدتهما أحدهما انفسخ نكاحهما لأنها ان أرضعت الابن صار عم زوجته ؛ وان أرضعت الابنة صارت خالة زوجها ؛ وان زوج الصغير بابنة خالته الصغيرة فأرضعت جدتهما انفسخ نكاحهما لأنها أرضعت الابن صار خال زوجته ؛ و ان أرضعت الابنة صارت خالة زوجها .

فرع قال ابن الحداد : روى المزنى ان الشافعى قال فى المنثور اذا زوج أم ولده من عبده الصغير فأرضعته بلبن مولاه خمس رضعات انفسخ نكاحها وحرمت عليه على التأبيد ولا تحرم أم الولد على المولاة لأنها لم تصر أماً للصغير الا بعد زوال النكاح بينهما ؛ وكانت حليلة الصغير، ولم تكن أماً له ، ولما صار ابناً له لم تكن حليلة له وتقرير هذا أن اسم حليلة الابن لم يوجد لأنه حين تسمى ابناً لا تسمى هى حليلة وانما كانت حليلة له واذا لم يثبت الاسم لم يثبت التحريم وأنكر المزنى وابن الحداد وسائر أصحابنا ذلك وقالوا : يحرم على السيد ولا يصح هذا على مذهب الشافعى لأن زوال النكاح لا يمنع وقوع اسم حليلة ابنه ؛ وقد نص الشافعى على أنه اذا تزوج صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة أن نكاحهما ينفسخ لأن الكبيرة أم زوجته وليست بزوجة له حين صارت أماً لها هكذا ذكرها القاضى أبو الطيب وذكرها الشيخ أبو حامد فى التعليق أن المزنى ذكر فى المنثور اذا كان له أم ولد لها منه لبن فزوجها من طفل فأرضعته بلبن مولاها انفسخ النكاح بينهما ؛ قال المزنى وابن الحداد ويحرم على سيدها على التأبيد لأن الصغير صار ابنا لسيدها من الرضاع فتكون حليلة ابنه ؛ قال الشيخ أبو حامد وأخطأ : بل لا يحرم على السد ، لأنه لم يصح النكاح بينها وبين الصغير لأن نكاح الأمة لا يصح الا بشرطين خوف العنت وعدم صداق حرة والصغير لا يوصف بخوف العنت فاذا لم يوجد الشرط لم يصح النكاح ؛ واذا لم يصح النكاح لم تكن حليلة ابنه والذى

حكاه القاضي صحيح اذا كان الطفل عبداً لأنه لا يعتبر خوف العنت وعدم صداق الحرة فى نكاحه للأمة والذى ذكره الشيخ أبو حامد صحيح أيضاً وهذان غير موجودين فيه •

فرع اذا كان لرجل زوجتان صغيرتان فجاءت امرأة أجنبية فأرضعت احداهما خمس رضعات ثم أرضعت الأخرى خمس رضعات فان نكاح الأخيرة ينفسخ بتمام رضعتهما الخامسة وهل ينفسخ به نكاح الأولة ؟ فيه قولان قد مضى توجيههما وهكذا لو جاءت أم احدى الزوجتين الصغيرتين فأرضعت ضرة ابنتها خمس رضعات انفسخ نكاح المرضعة وهل ينفسخ نكاح ابنة المرضعة ؟ على القولين وان كان لرجل أربع زوجات صغار وله ثلاث خالات لأب وأم أو لأم فأرضعت كل واحدة من خالاته واحدة من زوجاته وبقيت الرابعة لم ينفسخ نكاحه من احداهن لأن الثلاث المرضعات صرن بنات خالاته وابنة الخالة يجوز نكاحها فان أرضعت أم أم الزوج الرابعة انفسخ نكاحه منها وحرمت عليه على التأبيد لأنها صارت خالة له وصارت هذه الرابعة أيضاً خالة لزوجاته الثلاث وهل ينفسخ نكاحهن ؟ على القولين فى التى قبلها وان كان له ثلاث خالات متفرقات فأرضعت كل واحدة من خالاته واحدة من زوجاته فان نكاحهن لا ينفسخ فان أرضعت أم الزوج وزوجته الرابعة انفسخ نكاحها وأما زوجاته الثلاث فان فى انفساخ نكاح زوجته التى أرضعتها خالته لأبيه وأمه قولين أما نكاح التى أرضعتها خالته لأبيه فانه لا ينفسخ قولا واحداً لأن خؤولة الرابعة حصلت من جهة أم الزوج وخالة الزوج للأب من قوم آخرين وهى من جهة أب أم الزوج فلم يجتمع مرضعتها مع خالتها فى النكاح هكذا ذكر المسعودى والطبرى فى العدة وعندى أن أم أم الزوج اذا أرضعت الرابعة بلبن أبى أم الزوج كان فى نكاح مرضعة الخالة للأب أيضاً قولان وانما يفترق اذا أرضعت بغير لبن أبى أم الزوج وعلى هذا يقاس اذا كان للزوج ثلاث عمات فأرضعت كل واحدة منهن واحدة من زوجاته ثم أرضعت أم أبى الزوج الرابعة على ما مضى .

والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب النفقات

باب نفقة الزوجات

اذا سلمت المراة نفسها الى زوجها وتمكن من الاستمتاع بها ونقلهـا الى حيث يريد ، وهما من اهـل وهما فى نـكاح صـحيح ، وجبت نفقتها ، لمـا روى جابر رضى الله عنه ان رسـول الله صلى الله عليه وسلم خطب النـــاس فقال ((اتقوا الله فى النساء ، فانكم اخذتموهن بامانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف)) .

وان امتنعت من تسليم نفسها او مكنت من استمتاع دون استمتاع او فى منزل دون منزل او فى بلد دون بلد لم تجب النفقة لانه لم يوجد التمكين التام فلم تجب النفقة كما لا يجب ثمن المبيع اذا امتنع البائع من تسـليم المبيع ، او سلم فى موضع دون موضع ، فان عرضت عليه وبذلت له التمكين التام والنقل الى حيث يريد وهو حاضر ، وجبت عليه النفقة لانه وجد التمكين التام .

وان عرضت عليه وهو غائب لم يجب حتى يقدم هو او وكيله ، او يمضى زمان لو اراد المسير لكان يقدر على اخذها ، لانه لا يوجد التمكين التام الا بذلك وان لم تسلم اليه ولم تعرض عليه حتى مضى على ذلك زمان لم تجب النفقة ، لان النبى صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضى الله عنهـا ودخلت عليه بعـد سنتين ، لم ينفق الا من حين دخلت عليه ولم يلتزم نفقتها لما مضى ، ولانه لم يوجد التمكين التام فيما مضى فلم يجب بدله كما لا يجب بدل ما كلف مـن المبيع فى يد البائع قبل التسليم .

فصـــل وان سلمت الى الزوج او عرضت عليه وهى صـــغيرة لا يجامع مثلها ففيه قولان : احدهما تجب النفقة لانها سلمت من غير منـع . والثانى : لا يجب وهو الصحيح لانه لم يوجد التمكين التام من الاستمتاع .

وان كانت كبيرة والزوج صغير ففيه قولان : (احـدهما) لا تجب لانه لم يوجد التمكين من الاستمتاع . (والثانى) تجب وهو الصحيح ، لان التمكين

وجد من جهتها وانما تعذر الاستيفاء من جهته فوجبت النفقة ، كما لو سلمت الى الزوج وهو كبير فهرب منها ، وان سلمت وهى مريضة أو رتقاء أو نحيفة لا يمكن وطؤها أو الزوج مريض أو مجبوب أو جسيم لا يقدر على الوطء وجبت النفقة لأنه وجد التمكين من الاستمتاع ، وما تعذر فهو بسبب لا تنسب فيه الى التفريط) .

الشرح حديث جابر جزء من حديث جابر الطويل فى الحج ؛ وقد ورد بمعناه عن عمرو بن الأحوص عند أصحاب السنن كلهم « أنه شهد حجة الوداع مع النبى صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه وذكر ووعظ ثم قال : استوصوا بالنساء خيراً فانما هن عوان عندكم ليس تملكون منهن شيئاً غير ذلك ؛ الا أن يأتين بفاحشة مبينة ؛ فان فعلن فاهجروهن فى المضاجع واضربوهن ضربا غير مبرح ؛ فان أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ؛ ان لكم من نسائكم حقاً ولنسائكم عليكم حقاً ، فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن فى بيوتكم لمن تكرهون ، ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا اليهن فى كسوتهن وطعامهن » .

أما خبر عائشة فقد أخرجه أحمد والبخارى ومسلم بلفظ عن عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها وهى بنت ست سنين وأدخلت عليه وهى بنت تسع سنين ومكثت عنده تسعاً » وفى رواية لأحمد « تزوجها وهى بنت سبع سنين وزفت اليه وهى بنت تسع سنين » .

أما الأحكام فان الأصل فى وجوب نفقة الزوجات من الكتاب قوله تعالى : « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ؛ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » والمولود له هو الزوج ؛ وانما نص على وجوب نفقة الزوجات حال الولادة ليدل على أن النفقة تجب لها حال اشتغالها عن الاستمتاع بالنفاس لئلا يتوهم متوهم أنه لا يجب لها .

وقوله تعالى « فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى أن لا تعولوا » .

قال الشافعي : معناه أن لا يكثر عيالكم ومن تمونونه • وقيل ان أكثر السلف قالوا معنى أن لا تعولوا أن لا تجوروا ؛ يقال عال يعول عولا اذا جار • وعال يعيل اذا كثر عياله الا زيد بن أسلم فانه قال : معناه أن لا يكثر عيالكم وقول النبي صلى الله عليه وسلم يشهد لذلك حيث قال : « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول ويدل على نفقة الزوجات قوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض ؛ وبما أنفقوا من أموالهم » وقوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته • ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله ، لا تكلف نفس الا ما آتاها » ومعنى قوله تعالى « قدر عليه » أي ضيق عليه •

ومن السنة ما رواه حكيم بن معاوية القشيري عن أبيه قال « قلت يا رسول الله ما حق الزوجة ؟ فقال أن تطعمها اذا طعمت وأن تكسوها اذا اكتسيت » أخرجه النسائي وابن ماجه وأبو داود وابن حبان والحاكم وصححاه ؛ وعلق البخاري طرفا منه وصححه الدارقطني في العلل • وما قيده المصنف هنا عن جابر ، وقد وردت أحاديث منها حديث أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدقوا قال رجل عندي دينار ؛ قال تصدق به على نفسك • قال عندي دينار آخر • قال تصدق به على زوجتك • قال عندي دينار آخر ؛ قال : تصدق به على ولدك ؛ قال عندي دينار آخر • قال : تصدق به على خادمك ؛ قال عندي دينار آخر ؛ قال أنت أبصر به » رواه أحمد والنسائي ؛ ورواه أبو داود بتقديم الولد على الزوجة • واحتج به أبو عبيد بتحديد الغنى بخمسة دنانير ذهباً ؛ تقوية بحديث ابن مسعود في الخمسين درهما •

اذا ثبت هذا فلا يخلو حال الزوجين من أربعة أقسام :

(١) أن يكونا بالغين •

(٢) أن يكون الزوج بالغاً والزوجة صغيرة •

(٣) أن يكون الزوج صغيراً والزوجة كبيرة •

(٤) أن يكونا صغيرين •

فان كانا بالغين وسلمت الزوجة نفسها الى الزوج تسليما تاماً بأن تقول سلمت نفسي اليك ؛ وان اخترت أن تصير الى وتستمتع فذلك اليك • وان اخترت جئت اليك حيث شئت فعلت ــ وجبت نفقتها لان النفقة تجب فى مقابلة الاستمتاع فاذا وجد ذلك منها فقد وجد منها التمكين منه ؛ فوجب فى مقابلته كالبائع اذ سلم المبيع وجب على المشترى تسليم الثمن • فان سلمت المرأة نفسها الى الزوج وكان حاضراً فلم يتسلمها حتى مضت على ذلك مدة وجبت عليه نفقتها كالبائع اذا سلم المبيع وجب على المشترى تسليم الثمن ؛ فان سلمت المرأة نفسها الى الزوج وكان حاضراً فلم يتسلمها حتى مضت على ذلك مدة وجبت عليه نفقتها فى تلك المدة •

وقال أبو حنيفة : لا تجب نفقة المدة الماضية الا أن يحكم لها الحاكم ، ولأنه مال يجب للزوجة بالزوجية فلم يفتقر استقراره الى حكم الحاكم كالمهر•

وان سلمت نفسها الى الزوج تسليما غير تام بأن قالت سلمت نفسي فى هذا البيت دون غيره ، أو فى هذه القرية دون غيرها لم تجب لها النفقة ، لأنه لم يوجد التسليم التام ؛ فهو كما لو قال البائع : أسلم هذه السيارة فى هذا الموضع دون غيره • فان عقد النكاح ولم تسلم المرأة نفسها ؛ ولا طالب الزوج بها ؛ وسكتا عن ذلك حتى مضى على ذلك سنة أو أكثر لم يجب لها النفقة ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة وهى بنت سبع ، ودخل بها وهى بنت تسع ، ولم ينقل أنه أنفق عليها الا من حين دخل بها •

وان عرض الولى الزوجة على الزوج بغير اذنها وهى بالغة فلم يتسلمها الزوج؛ومضى على ذلك مدة لم تجب على الزوج النفقة لأنه لا ولاية له عليها فى المال • وان غاب الزوج عن بلد الزوجة نظرت ــ فان غاب عنها بعد أن سلمت نفسها اليه تسليما تاماً وامتنع عن تسليمها فقد وجبت نفقتها بتسليمها نفسها فلم يسقط ذلك بغيبته • وان غاب عنها قبل أن تسلم نفسها اليه وأرادت تسليم نفسها اليه فانها اذا أتت حاكم بلدها وقالت : أنا أسلم نفسي

اليه وأخلى بينى وبينه ؛ فان حاكم بلدها يكتب الى حاكم البلد الذى فيه الزوج ويعرفه ذلك ؛ فاذا وصل الكتاب الى المكتوب اليه استدعى الزوج وعرض عليه الأمر ، فان سار اليها وتسلمها أو وكل من يتسلمها ؛ فتسلمها الوكيل وجت عليه نفقتها من حين تسلمها هو أو وكيله . وان أمكنه السير فلم يسر .. ولا وكيله ؛ فانه اذا مضت عليه مدة لو أراد المسير اليها أمكنه ذلك فان الحاكم يفرض لها النفقة من حين مضى مدة السفر اليها لأنه قد كان يمكنه التسليم ، فاذا لم يفعل صار ممتنعاً من تسلمها فوجب عليه النفقة وان لم يمكنه المسير اليها أمكنه ذلك ، فان الحاكم يفرض لها النفقة من حين مضى مدة السفر اليها لأنه قد كان يمكنه التسليم . فاذا لم يفعل صار ممتنعاً من تسلمها فوجبت عليه النفقة .

وان لم يمكنه المسير لعدم الرفقة أو لخوف الطريق لم تجب عليه النفقة حتى يمكنه المسير لأنه غير ممتنع من تسلمها . وان كان الزوج بالغاً والزوجة صغيرة نظرت — فان كانت مراهقة تصلح للاستمتاع — فان الذى يجب عليه تسليمها وليها . فان سلمها الولى تسليما تاماً وجب على الزوج نفقتها . وان لم يكن لها ولى أو كان غائباً أو امتنع من تسليمها أو سكت عن تسليمها فسلمت نفسها الى الزوج وجبت النفقة على الزوج لأن التسليم قد حصل .

وان كان ممن لا يصح تسليمه . كما لو اشترى سلعة بثمن وسلم الثمن وقبضها المشترى بغير اذن البائع أو أقبضه اياها غلام البائع فان القبض يصح .

قال ابن الصباغ فى الشامل : وينبغى أن لا تجب النفقة الا بعد أن يسلمها . ولا يجب بذلها لأن بذلها لا حكم له .

وان كانت صغيرة لا يتأتى جماعها ففيه قولان : (أحدهما) يجب لها النفقة . لأن تعذر وطئها عليه ليس بفعلها فلم تسقط بذلك نفقتها . كما لو مرضت . (الثانى) لا تجب لها النفقة . وبه قال مالك وأبو حنيفة واختاره المزنى . وهو الصحيح ؛ لأن الاستمتاع متعذر عليه فلم تجب عليه النفقة ، كما لو نشزت . وان كان الزوج طفلا صغيراً والزوجة كبيرة ففيه قولان .

(أحدهما) لا تجب لها النفقة لأن النفقة انما تجب بالتمكين والتسليم . وانما يصح ذلك اذا كان هناك متمكن ومتسلم ، والصبى لا يتمكن ولا يتسلم فلم تجب لها النفقة كما لو كان غائباً .

(والثانى) يجب لها النفقة اذا سلمت نفسها — وهو الأصح — لأن التمكين والتسليم التام قد وجد منها وانما تعذر من جهته فوجبت نفقتها ؛ كما لو سلمت نفسها الى البالغ ثم هرب . وأما اذا كانا صغيرين فسلمها الولى هل يجب لها النفقة ؟ فيه قولان ؛ وجههما ما ذكرناه فى التى قبلها الا أن الأصح ههنا أنه لا يجب لها النفقة ؛ لأن الاستمتاع متعذر من جهتها .

فرع اذا تسلم الزوج زوجته وهى مريضة أو تسلمها صحيحة فمرضت عنده أو تسلمها وهى رتقاء [1] أو قرناء [2] أو أصابها ذلك بعد أن تسلمها ، أو أصاب الزوج مرض أو جنون أو جسم [3] وجبت عليه النفقة ؛ لأن الاستمتاع بها ممكن مع ذلك .

قال الشافعى رضى الله عنه : وان كان فى جماعها شدة ضرر منع من جماعها وأجبر بنفقتها . وجملة ذلك أن الرجل اذا كان عظيم الخلق والزوجة نضوة الخلق وعليها فى جماعه ضرر يخاف منه الانضاء أو المشقة الشديدة أو كان بفرجها جرح يضر بها وطؤه ، فان وافقها الزوج على الضرر الذى يلحقها بوطئه لم يجز له وطؤها لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعروف أن يمنع من وطئها فان اختار طلاقها فطلقها فلا كلام ؛ وان لم يختر طلاقها وجبت عليه نفقتها لأنها محبوسة عليه ؛ ويمكنه الاستمتاع بها بغير الوطء . وان لم يصدقها الزوج بل ادعى أنه يمكنه جماعها ؛ فان ادعت تعذر الوطء لعظم خلقته قال العمرانى فى البيان : أمر الحاكم نساء ثقات يشاهدن ذلك بينهما حال الجماع من غير حائل .

---

(١) الرتقاء التى انسد فرجها حتى لا يستطاع جماعها .

(٢) القرناء التى نبت لها لحم فى فرجها كالغدة الغليظة فى مدخل الذكر . وقد يكون عظما كالقرن .

(٣) والجسم أن يستأصل ذكره أو لا يكون له ذكر وهو ضد الجسم وهو كبير الذكر جداً .

فان قلن انه يلحقها مشقة شديدة أو يخاف عليها من ذلك منع من وطئها •
وان قلنا انه لا يلحقها مشقة شديدة ولا يخاف عليها منه أمرت بتمكينه من الوطء • وان ادعت تعذر الوطء بجراح فى فرجها يأمر الحاكم نساء ثقات ينظرن الى فرجها لأن هذا موضع ضرورة فجوز النظر الى العورة •

واختلف أصحابنا فى عدد النساء اللاتى ينظرن اليها حال الجماع ؛ أو ينظرن الجرح فى فرجها : فقال أبو اسحاق يكفى واحدة لأن طريق ذلك الاخبار والمشقة تلحق بنظر الجماع منهما فجاز الاقتصار على واحدة • ومن أصحابنا من قال : لا يكفى أقل من أربع نسوة فى ذلك ، لأن هذه شهادة تنفرد بها النساء فلم يقبل فيه أقل من أربع كسائر الشهادات •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان سلمت اليه ومكن من الاستمتاع بها فى نكاح فاسد لم تجب النفقة لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح ، ولا يستحق ما فى مقابلته •**

فصل **وان انتقلت المرأة من منزل الزوج الى منزل آخر بغير اذنه أو سافرت بغير اذنه سقطت نفقتها ، حاضراً كان الزوج او غائباً لأنها خرجت عن قبضته وطاعته فسقطت نفقتها كالناشزة • وان سافرت باذنه ــ فان كان معها ــ وجبت النفقة لأنها ما خرجت عن قبضته ولا طاعته • وان لم يكن معها ففيه قولان ذكرناهما فى القسم •**

فصل **وان احرمت بالحج بغير اذنه سقطت نفقتها لأنه ان كان تطوعاً فقد منعت حق الزوج وهو واجب بما ليس بواجب ، وان كان واجباً فقد منعت حق الزوج وهو على الفور بما هو على التراخى ، وان احرمت باذنه فان خرجت معه لم تسقط نفقتها لأنها لم تخرج عن طاعته وقبضته ، وان خرجت وحدها فعلى القولين فى سفرها باذنه •**

فصل **وان منعت نفسها باعتكاف تطوع او نذر فى الذمة سقطت نفقتها لما ذكرناه فى الحج وان كان عن نذر معين اذن فيه الزوج لم تسقط نفقتها لأن الزوج اذن فيه واسقط حقه فلا يسقط حقها ، وان كان عن نذر لم يأذن فيه ، فان كان بعد عقد النكاح سقطت نفقتها لأنها منعت حق الزوج بعد**

وجوبه ، وان كان بنذر قبل النكاح لم تسقط نفقتها ، لأن ما استحق قبل النكاح لا حق للزوج فى زمانه ، كما لو أجرت نفسها ثم تزوجت ، وان اعتكفت باذنه وهو معها لم تسقط نفقتها لأنها فى قبضته وطاعته وان لم يكن معها فعلى القولين فى الحج .

فصل وان منعت نفسها بالصوم فان كان بتطوع ففيه وجهان :

(احدهما) لا تسقط نفقتها لأنها فى قبضته . (والثانى) وهو الصحيح انها تسقط لأنها منعت التمكين التام بما ليس بواجب فسقطت نفقتها كالناشزة، وان منعت نفسها بصوم رمضان او بقضائه وقد ضاق وقته لم تسقط نفقتها ، لأن ما استحق بالشرع لا حق للزوج فى زمانه . وان منعت نفسها بصوم القضاء قبل ان يضيق وقته ، وبصوم كفارا او نذر فى الذمة ، سقطت نفقتها ، لأنها منعت حقه وهو على الفور بما هو ليس على الفور ، وان كان بنذر معين ـ فان كان النذر باذن الزوج ـ لم تسقط نفقتها لأنه لزمها برضاه ، وان كان بغير اذنه كأن بنذر بعد النكاح ـ سقطت نفقتها ، وان كان بنذر قبل النكاح لم تسقط لما ذكرناه فى الاعتكاف .

فصل وان منعت نفسها بالصلاة ـ فان كانت بالصلوات الخمس أو السنن الراتبة ـ لم تسقط نفقتها لأن ما ترتب بالشرع لا يحق للزوج فى زمانه ، وان كان بقضاء فوائت ـ فان قلنا : انها على الفور ـ لم تسقط نفقتها ، وان قلنا : انها على التراخى سقطت نفقتها لما قلنا فى قضاء رمضان ، وان كانت بالصلوات المنذورة فعلى ما ذكرناه فى الاعتكاف والصوم) .

الشرح ان سلمت المرأة نفسها الى الزوج ومكنته من الاستمتاع بها فى نكاح فاسد لم تجب لها النفقة ، لأن التمكين لا يصح مع فساد النكاح فلم تستحق ما فى مقابلته كما لا يستحق البائع الثمن فى بيع فاسد .

فـرع اذا انتقلت الزوجة من منزل الزوج الذى أسكنها فيه الى منزل غيره بغير اذنه وخرجت من البلد بغير اذنه فهى ناشزة وسقطت بذلك نفقتها ، وبه قال أهل العلم كافة الا الحكم بن عيينة فانه قال : لم تسقط نفقتها ، كما لو لم تسلم نفسها ، وان سافرت المرأة بغير اذن زوجها سقطت نفقتها لأنها منعت استمتاعه بالسفر . وان سافرت باذنه نظرت ، فان سافر الزوج معها لم تسقط نفقتها لأنها فى قبضته وطاعته . وان سافرت وحدها ، فان كانت فى حاجة للزوج وجبت عليه نفقتها لأنها سافرت فى شغله ومراده.

وان سافرت بحاجة نفسها فقد قال الشافعى فى النفقات لها النفقة ؛ وقال فى النكاح لا نفقة لها ، واختلف أصحابنا فيها ؛ فقال أبو اسحاق : ليست على قولين وانما هى على اختلاف حالين ، فحيث قال . لها النفقة أراد اذا كان الزوج معها ؛ وحيث قال لا نفقة لها ، أراد اذا لم يكن الزوج معها • ومنهم من قال : فيه قولان •

(أحدهما) لا نفقة لها • وبه قال أبو حنيفة وأحمد لأنها غير ممكنة من نفسها فلم تجب لها النفقة ، كما لو سافرت بغير اذنه •

(والثانى) تجب لها النفقة لأنها سافرت باذنه فلم تسقط نفقتها كما لو سافرت فى حاجته •

فـــرع وان أحرمت بالحج أو العمرة بغير اذنه سقطت نفقتها لأنه ان كان تطوعا فقد منعت حق الزوج الواجب بالتطوع ، وان كان واجباً عليها فقد منعت حق الزوج وهو على الفور وحقها هى التراخى • أفاده صاحب البيان • وان أحرمت باذنه وخرجت مع الزوج لم تسقط نفقتها لأنها فى قبضته ، وان أحرمت باذنه وخرجت وحدها ففيه طريقان مضى ذكرهما فى السفر • وان اعتكفت فلا يصح عندنا الا فى المسجد ، فان كان بغير اذن الزوج سقطت نفقتها لأنها ناشزة بالخروج الى المسجد بغير اذنه ؛ وان كان باذن الزوج ـ فان كان الزوج معها فى المسجد ـ لم تسقط نفقتها لأنها فى المسجد فعلى الطريقين فى السفر • قال أبو اسحاق : لا نفقة لها قولا واحداً • ومن أصحابنا من قال فيه قولان •

فـــرع فان صامت المرأة بغير اذن زوجها نظرت ـ فان كان تطوعاً ـ فللزوج منعها منه وله اجبارها على الفطر بالأكل والجماع ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تصومن المرأة التطوع وزوجها حاضر الا باذنه » فان امتنعت من الوطء ولكنها لم تفارق المنزل ففيه وجهان • قال أبو على بن أبى هريرة هى ناشزة فتسقط نفقتها لأنها ممتنعة عليه ، فلا فرق بين أن تمتنع

بالفراش أو بمفارقة المنزل وقال المصنف : لا تسقط نفقتها لأنها ما لم تفارق المنزل فهى غير ناشزة • وهذا قول الشيخ أبى حامد •

ومن أصحابنا من قال : اذا منعته الوطء سقطت نفقتها وجهاً واحداً ؛ وانما الوجهان اذا صامت ولم تمنعه الوطء • وان كان الصوم واجباً نظرت ــ فان كان صوم رمضان ــ فليس له منعها منه ولا تسقط نفقتها به لأنه مستحق بالشرع • وان كان قضاء رمضان قال صاحب البيان : فان لم يضق وقت قضائه فله منعها منه • وان دخلت فيه بغير اذنه كان كما لو دخلت فى صوم التطوع بغير اذنه ؛ وان ضاق وقت قضائه ــ بأن لم يبق من شعبان الا قدر أيام القضاء ــ لم يكن له منعها منه • وان دخلت فيه بغير اذنه لم تسقط نفقتها بذلك ؛ لأنها لا يجوز لها تأخيره الى دخول رمضان فصار مستحقاً للصوم كأيام رمضان •

وان كان الصوم عن كفارة كان للزوج منعها منه ، لأنه على التراخى وحق الزوج على الفور • وان كان الصور نذراً ــ فان كان فى الذمة ــ كان له منعها منه لأنه على التراخى وحق الزوج على الفور • وان كان متعلقاً بزمان بعينه ؛ فان كانت نذرته باذن الزوج لم يكن له منعها منه لأن زمانة قد استحق عليها صومه باذن الزوج فان دخلت فيه بغير اذنه لم تسقط بذلك نفقتها • وان نذرته بغير اذن الزوج بعد النكاح كان للزوج منعها من الدخول فيه لأنها فرطت بايجابه على نفسها بغير اذنه ؛ وان نذرت الصوم فى زمان بعينه قبل عقد النكاح لم يكن للزوج منعها من الدخول فيه • وان دخلت فيه بغير إذنه لم تسقط بذلك نفقتها ؛ لأن زمانه قد استحق صومه قبل عقد النكاح • وكل موضع قلنا للزوج منعها من الدخول فيه اذا دخلت فيه بغير اذن الزوج فهل تسقط نفقتها بذلك ؟ فيه وجهان كما مضى فى الصوم التطوع •

فــرع وان منعت نفسها بالصلوات الخمس فى أوقاتها لم تسقط نفقتها بذلك ، لأن وقتها مستحق للصلاة وليس للزوج منعها من الدخول فيها فى أول الوقت • لأنها قد وجبت فى أول وقتها ؛ ولأنه يفوت عليها فضيلة أول

الوقت . وأما فضائله الفائتة ـ فان قلنا انها تجب على الفور ـ لم يكن للزوج منعها منها .

وان قلنا : لا تجب على الفور كان للزوج منعها من الدخول فيها . وأما الصلوات المنذورة فهى كالصوم المنذور على ما مضى . وأما صلاة التطوع ، فان كانت غير راتبة ، كان للزوج منعها منهـا ؛ لأن حق الزوج واجب فلا يسقط بما لا يجب عليها ـ فان دخلت فيها بغير اذن الزوج احتمل أن يكون فى سقوط نفقتها فى ذلك وجهان كما قلنا ذلك فى الصـوم التطوع ؛ وان كانت سنة راتبة فقال الشيخ أبو اسحاق : لا تسقط نفقتها بها كما قلنـا فى الصلوات الخمس .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كان الزوجان كافرين واسلمت المراة بعد الدخول ولم يسلم الزوج لم تسقط نفقتها لأنه تعذر الاستمتاع بمعنى من جهته هو قادر على ازالته فلم تسقط نفقتهـا كالمسـلم اذا غاب عن زوجته . وقال ابو على ابن خيران : « فيه قول آخر انها تسقط لأنه امتنع الاستمتاع لمعنى من جهتها فسقطت نفقتها ، كما لو احرمت المسلمة من غير اذن الزوج ، والصحيح هو الأول ، لأن الحج فرض موسع الوقت ، والاسلام فرض مضيق الوقت فلا تسقط النفقة كصوم رمضان » .

وان اسلم الزوج بعد الدخول ، وهى مجوسية او وثنية وتخلفت فى الشرك سقطت نفقتها لأنها منعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة ، وان اسلمت قبل انقضاء العدة فهل تستحق النفقة للمدة التى تخلفت فى الشرك ؟ فيه قولان :

(احدهما) تستحق لأن بالاسلام زال ما تشعث من النكاح ، فصار كان لم يكن .

(والقول الثانى) انها لا تستحق لأنه تعذر التمكين من الاستمتاع فـيما مضى فلم تستحق النفقة كالناشزة اذا رجعت الى الطاعة .

وان ارتد الزوج بعد الدخول لم تسقط نفقتها لأن امتناع الوطء بسبب من

جهته ، وهو قادر على ازالته فلم تسقط النفقة ، وان ارتدت المراة سقطت نفقتها لانها منعت الاستمتاع بمعصية فسقطت نفقتها كالناشزة ، فان عادت الى الاسلام قبل انقضاء العدة فهل تجب نفقة ما مضى في الردة ؟ فيه طريقان من اصحابنا من قال فيه قولان كالكافرة اذا تخلفت في الشرك ثم أسلمت . ومنهم من قال : لا تجب قولا واحداً ، والفرق بينها وبين الكافرة ان الكافرة لم يحدث من جهتها منع بل أقامت على دينها ، والمرتدة احدثت منعاً بالردة فغلظ عليها . وان ارتدت الزوجة وعادت الى الاسلام والزوج غائب استحقت النفقة من حين عادت الى الاسلام ، وان نشزت الزوجة وعادت الى الطاعة والزوج غائب لم تستحق النفقة حتى يمضي زمان لو سافر لقدر على استمتاعها، والفرق بينهما ان المرتدة اسقطت نفقتها بالردة وقد زالت بالاسلام ، والناشزة سقطت نفقتها ، بالمنع من التمكين ، وذلك لا يزول بالعود الى الطاعة .

فصل وان كانت الزوجة امة فسلمها المولى بالليل والنهار وجبت لها النفقة لوجود التمكين التام . وان سلمها بالليل دون النهار ففيه وجهان .

(احدهما) وهو قول أبي على ابن ابي هريرة : « انه يجب لها نصف النفقة اعتباراً بما سلمت » .

(والثاني) وهو قول ابى اسحاق : وظاهر المذهب انه لا تجب لانه لم يوجد التمكين التام . فلم يجب لها شيء من النفقة كالحرة اذا سلمت نفسها بالليل دون النهار . والله اعلم) .

الشرح اذا أسلمت الزوجة والزوج كافر - فان كان قبل الدخول - فلا نفقة لها لأن الفرقة وقعت بينهما ، وان كان بعد الدخول فان النكاح موقوف على اسلام الزوج في عدتها ، ولها النفقة عليه مدة عدتها ؛ لأن تعذر الاستمتاع بمعنى من جهة الزوج ؛ وهو امتناعه من الاسلام . ويمكنه تلافى ذلك فلم تسقط نفقتها كما لو غاب عن زوجته .

وحكى ابن خيران قولا آخر أن نفقتها تسقط لأن الاستمتاع سقط بمعنى من جهتها ، فسقطت به نفقتها ، كما لو أحرمت بالحج بغير اذن الزوج والمشهور هو الأول ؛ لأن الحج فرض موسع الوقت ، والاسلام فرض مضيق الوقت فلم تسقط به نفقتها لصوم رمضان فان انقضت عدتها قبل أن يسلم الزوج بانت وسقطت نفقتها .

فــــرع وان أسلم الزوج والزوجة وثنية أو مجوسية ــ فان كان قبل الدخول ــ وقعت الفرقة بينهما ولا نفقة لها . وان كان بعد الدخول وقف النكاح على اسلامها قبل انقضاء عدتها فلا نفقة لها مدة عدتها ما لم تسلم ، لأنها منعت الاستمتاع بمعصية ؛ وهو اقامتها على الكفر ؛ فهى كالناشزة . فان انقضت عدتها قبل أن تسلم فقد بانت باختلاف الدين ولا نفقة لها .

وان أسلمت قبل انقضاء عدتها وجبت لها النفقة من حين أسلمت لأنهما قد اجتمعا على الزوجية وهل تجب لها النفقة لما مضى من عدتها فى الكفر ؟. فيه قولان :

قال فى القديم : تجب لها النفقة لأن اسلام الزوج شعث النكاح ، فاذا أسلمت قبل انقضاء عدتها زال ذلك التشعث فصار كما لو لم يتشعث .

وقال فى الجديد : لا تجب لها النفقة لما مضى من عدتها وهو الأصح ؛ لأن اقامتها على الكفر كنشوزها ، ومعلوم أنها لو نشزت وأقامت مدة فى النشوز ثم عادت الى طاعته لم تجب نفقتها مدة اقامتها فى النشوز فكذلك هذا مثله.

فــــرع وان كان الزوجان مسلمين فارتد الزوج بعد الدخول وجبت عليه نفقتها مدة عدتها ، لأن امتناع الاستمتاع بمعنى من جهة الزوج فلم تسقط نفقتها بذلك كما لو غاب . وان ارتدت الزوجة بعد الدخول فأمر النكاح موقوف على اسلامها قبل انقضاء عدتها وجبت نفقتها من حين أسلمت لأنهما قد اجتمعا على الزوجية . وهل تجب لها النفقة لما مضى من عدتها قبل الاسلام ؟ من أصحابنا من قال فيه قولان ، كما قلنا فى المشركة اذا تخلفت عن الاسلام ثم أسلمت قبل انقضاء عدتها .

ومنهم من قال لا تجب لها النفقة قولا واحداً ، لأن فى التى قبلها دخلا على الكفر ؛ وانما الزوج شعث النكاح باسلامه ، وههنا دخلا على الاسلام ، وانما شعثت هى النكاح بردتها فغلظ عليها .

وان ارتدت الزوجة والزوج غائب ، أو غاب بعد ردتهـا فرجعت الى الاسلام والزوج غائب وجبت لها النفقة من حين رجعت الى الاسلام ، وكذلك لو أسلم الزوج والزوجة وثنية أو مجوسية وتخلفت فى الشرك وكان الزوج غائبا فاسلمت قبل انقضاء عدتها وجبت لها النفقة من حين أسلمت •

ولو نشزت الزوجة من منزلها والزوج غائب أو غاب بعد نشوزها فعادت الى منزلها لم تجب نفقتها حتى يكون الزوج حاضراً فيتسلمها أو تجيء الى الحاكم وتقول : أنا أعود الى طاعته • ثم يكتب الحاكم الى حاكم البلد الذى فيه الزوج فيستدعيه المكتوب اليه ويقول له : اما أن تسير اليها لتتسلمها أو توكل من يتسلمها فان لم يسر ولم يوكل مع قدرته على ذلك ومضى زمان يمكنه الوصول اليها وجبت النفقة لها من حينئذ ، والفرق بينهما أن نفقتها سقطت عنه بالنشوز لخروجها عن قبضته فلا يرجع الى نفقتها الا برجوعهـا الى قبضته ، وكذلك لا يحصل الا بتسليمه لها أو بتمكينه من ذلك ، وليس كذلك المرتدة والمشركة ، فان نفقتهـا انمـا سقطت بالردة أو بالاقامة على الشرك ، فاذا أسلمت زال المعنى الذى أوجب سقوطها فزال سقوطها •

فـــرع وان دفع الوثنى الى امرأته الوثنية أو المجوسى الى امرأته المجوسية نفقة شهر بعد الدخول ثم أسلم الزوج ولم تسلم هى حتى انقضت عدتها وأراد الرجوع فيما دفع اليها من النفقة نظرت ؛ فان دفعه اليها مطلقا ؛ قال الشافعى : لم يرجع عليها بشيء لأن الظاهر أنه تطوع بدفعها اليها •

وان قال : هذه نفقة مدة مستقبلة كان له الرجوع فيها لأنه بان أنهـا لا تستحق عليه نفقة •

قال ابن الصباغ فى الشامل : وهذا يقتضى أن الهبة لا تفتقر الى لفظ الايجاب والقبول ، لأنه جعله تطوعا مع الاطلاق • قال : فان قيل : يحتمل أن يريد أنه اباحة فليس بصحيح ؛ لأنه لوكان اباحة فانه يشترط أن يكون قد أتلفته حتى يسقط حقه منها ؛ والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب قدر (1) نفقة الزوجات

اذا كان الزوج موسراً ، وهو الذى يقدر على النفقة بماله أو كسبه ، لزمه فى كل يوم مدان ، وان كان معسرا وهو الذى لا يقدر على النفقة بمال ولا كسب لزمه فى كل يوم مد لقوله عز وجل « لينفق ذو سعة من سعته ، ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » ففرق بين الموسر والمعسر ، وأوجب على كل واحد منهما على قدر حاله ولم يبين المقدار ، فوجب تقديره بالاجتهاد ، واشبه ما تقاس عليه النفقة الطعام فى الكفارة لأنه طعام يجب بالشرع لسد الجوعة ، وأكثر ما يجب فى الكفارة للمسكين مدان فى فدية الأذى ، وأقل ما يجب مد . وهو فى كفارة الجماع فى رمضان . فان كان متوسطاً لزمه مد ونصف لأنه لا يمكن الحاقه بالموسر وهو دونه ، ولا بالمعسر وهو فوقه ، فجعل عليه مد ونصف .

وان كان الزوج عبداً او مكاتباً وجب عليه مد ، لأنه ليس باحسن حالا من الحر المعسر ، فلا يجب عليه اكثر من مد . وان كان نصفه حر ونصفه عبداً وجب عليه نفقة المعسر .

وقال المزنى : ان كان موسراً بما فيه من الحرية وجب عليه مد ونصف ، لأنه اجتمع فيه الرق والحرية فوجب عليه نصف الموسر وهو مد ، ونصف نفقة المعسر وهو نصف مد . وهذا خطأ لأنه ناقص بالرق فلزمه نفقة المعسر كالعبد .

فصل وتجب النفقة عليه من قوت البلد لقوله عز وجل « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » لقوله صلى الله عليه وسلم « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » والمعروف ما يقتاته الناس فى البلد ، ويجب لها الحب ، فان دفع اليها سويقاً او دقيقاً أو خبزاً لم يلزمها قبوله ، لأنه طعام وجب بالشرع فكان الواجب فيه هو الحب كالطعام فى الكفارة ، وان اتفقا على دفع العوض ففيه وجهان :

---

(1) فى النسخة المطبوعة من المهذب ترجم الباب هكذا « باب قدر النفقة » وقد تحققنا ان الصحيح ما اثبتناه مما ذكره قدامى الأصحاب ممن تناولوا المهذب بالشرح والتعليق . (المطيعى)

(احدهما) لا يجوز لأنه طعام وجب فى الذمة بالشرع فلم يجز اخـــذ العوض فيه كالطعام فى الكفارة .

(والثانى) يجوز وهو الصحيح لأنه طعام يستقر فى الذمة للآدمى ، فجاز اخذ العوض فيه كالطعام فى القرض ، ويخالف الطعـام فى الـكفارة فان ذلك يجب لحق الله تعالى ، ولم يأذن فى اخـذ العوض عنه ، والنفقة تجب لحقهـا وقد رضيت باخذ العوض) .

الشرح الأحكام : نفقـة الزوجة معتبرة بحال الزوج لا بحـال الزوجة ؛ فيجب لابنة الوزير أو رئيس الدولة ما يجب لابنة الحارس ؛ وهى مقدرة غير معتبرة بكفايتها . وقال مالك : نفقتها تجب على قدر كفايتهـا وسعتها . فان كانت ضعيفة الأكل فلها قدر ما تأكل ؛ وان كانت مأكولة فلها ما يكفيها .

وقال أبو حنيفة : ان كانت معسرة فلها فى الشهر من أربعـة دراهم الى خمسة ؛ وان كانت موسرة فمن سبعة دراهم الى ثمانية ؛ فاذا حولنا هـذه المقادير الى نقدنا المعاصر فى مصر حرسها الله كان الدرهم يساوى خمسين قرشاً .

وقال أصحاب أبى حنيفة : انما قال هذا حيث كان الرخص فى وقته . فأما فى وقتنا فيزاد على ذلك . ويعتبرون كفايتها كقول مالك ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لهند « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

ودليلنا قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ؛ ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله » وأراد أن الغنى ينفق على حسب حاله ؛ والفقير على حسب حاله، ولقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وأراد بالمعروف عند الناس ؛ والعرف والعادة عند الناس أن نفقة الغنى والفقير تختلف ، ولأنا لو قلنا : ان نفقتها معتبرة بكفايتها لأدى ذلك الى أن لا تنقطع الخصومة بينهما ولا يصل الحاكم الى قدر كفايتها فكانت مقدرة .

وأما خبر هند فهو حجة لنا لأنه قال « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف»

والمعروف عند الناس بيسار الزوج واعساره ، ولم يقل خذى ما يكفيك وطلق ، وعلى أنا نحمله على أنه علم من حالها أن كفايتها لا تزيد على نفقة الموسر وكان أبو سفيان موسراً .

اذا ثبت هذا فان نفقتها معتبرة بحال الزوج ؛ فان كان الزوج موسراً ـ وهو الذى يقدر على النفقة بماله أو كسبه ـ وجب لها كل يوم مدان ؛ وان كان معسراً ؛ وهو الذى لا يقدر على النفقة بماله ولا كسبه وجب كل يوم مد وهو رطل وثلث وهو نحو ستمائة جرام من الحنطة تقريباً ؛ لأن أكثر ما أوجب الله تعالى فى الكفارات للواحد مدان ؛ وهو فى كفارة الأذى . وأقل ما أوجب للواحد فى الكفارة مد . فقسنا نفقة الزوجات على الكفارة ؛ لأن الله تعالى شبه الكفارة بنفقة الأهل فى الجنس بقوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم » فاعتبرنا الأكثر والأقل فى الواجب للواحد فى الكفارة . وأما المتوسط فانه يجب عليه كل يوم مد ونصف مد ؛ لأنه أعلى حالا من المعسر وأدنى حالا من الموسر فوجب عليه من نفقة كل واحد منهما نصفها .

فرع وان كان الزوج عبداً أو مكاتباً أو مدبراً أو معتقاً نصف وجب عليه نفقة زوجته لقوله « وعلى المولود له رزقهن » الخ الآية . وهذا مولود له ولا تجب عليه الا نفقة المعسر لأنه أسوأ حالا من الحر المعسر .

قوله « وتجب النفقة عليه من قوت البلد » وهذا صحيح فانه يجب عليه أن يدفع اليها من غالب قوت البلد . فاذا كان غالب قوت البلد من البر أنفق منه ؛ وان كان من الأرز أنفق منه ؛ وان كان من التمر أنفق منه ، ولأنه طعام يجب على وجه الاتساع والكفاية فوجب من غالب قوت البلد كالكفارة . ويجب أن يدفع اليها الحب . فان دفع اليها الدقيق أو السويق أو الخبز . قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : لم يجز .

وذكر صاحب المهذب أنه لا يجوز وجها واحداً لقوله تعالى « فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » فجعل الكفارة فرعاً للنفقة ومحمولا عليها .

فلما كانت الكفارة الواجبة هى الحب نفسه . فانه لا يجزىء الدقيق والسويق والخبز فكذلك النفقة ؛ وان أعطاها قيمة الحب لم تجبر على قبولها ؛ لأن الواجب لها هو الحب فلا تجبر على أخذ قيمته ؛ كما لو كان لها طعام قرض ؛ وان سألته أن يعطيها قيمته لم يجبر الزوج على دفع القيمة ؛ لأن الواجب عليه هو الحب فلا يجبر على دفع قيمته ؛ فان تراضيا على القيمة فهل يصح ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لأنه طعام وجب فى الذمة بالشرع فلم يصح أخذ العوض عنه كالكفارة .

(والثانى) يصح وهو الصحيح لأنه طعام وجب على وجه الرفق فصح تأديته باظهار الكراهية لتأديته ، وأيهما ترك فظلم ؛ لأن مطل الغنى ظلم وخبزه حتى يكون مهيأ لأنه هو العرف .

ولا نرى أن الحب أمر يطرد فى جميع البلاد والمجتمعات ، بل ان فى بعض المدن كالقاهرة والاسكندرية وغيرهما ما يكون الحب كالحصى والتراب لا منفعة فيه ولا فائدة ويتعين أن يعطى الزوج النفقة بما يمكنها من الطعام وييسر لها أسباب العيش أسوة بغيرها من النساء ولا يتحقق هذا بالحب ؛ وانما يتحقق بالقيمة ؛ ويكون اعطاء القيمة منه أمراً لازما لا اختيار فيه لزوم النفقة نفسها . قال الشافعى رضى الله عنه : وجماع المعروف اعفاء صاحب الحق من المؤنة فى طلبه وأداؤه اليه بطيب النفس لا بضرورته الى طلبه ولا تأديته باظهار الكراهية لتأديته ، وأيهما ترط فظلم ؛ لأن مطل الغنى ظلم ومطله تأخيره الحق ا هـ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجب لها الادم بقدر ما يحتاج اليه من ادم البلد من الزيت والشيرج والسمن واللم ، لما روى عن ابن عباس رضى الله عنه انه قال : من اوسط ما تطعمون اهليكم . الخبز والزيت .

وعن ابن عمر رضى الله عنه انه قال « الخبز والزيت والخبز والسمن والخبز

والتمر ، ومن افضل ما تطعمون اهليكم الخبز واللحم » ولأن ذلك من النفقه بالمعروف .

فصـــل ويجب لها ما تحتاج اليه من المشط والسدر والدهن للراس وأجرة الحمام ، ان كان عادتها دخول الحمام ، لأن ذلك يراد للتنظيف فوجب عليه كما يجب على المستاجر كنس الدار وتنظيفها ، واما الخضاب فانه ان لم يطلبه الزوج لم يلزمه ، وان طلبه منها لزمه ثمنة لانه للزينـة . واما الأدوية وأجرة الطبيب والحجام فلا تجب عليه ، لأنه ليس من النفقة الثابتة ، وانما يحتاج اليه لعارض وانه يراد لاصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا يلزم المستاجر اصلاح ما انهدم من الدار واما الطيب فانه ان كان يراد لقطع السهوكة لزمه لأنه يراد للتنظيف ، وان كان يراد للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه ، لان الاستمتاع حق له فلا يجبر عليه) .

الشرح ال الشافعي رضي الله عنه « وأقل ما يسولها به وخادمهـا ما لا يقوم بدن أحد على أقل منه ؛ وذلك مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم لها فى كل يوم من طعام البلد الذى يقتاتون ، حنطة كان أو شعيراً ؛ أو ذرة أو أرزاً أو سلتاً ؛ ولخادمها مثله ومكيلة من أدم بلادها زيتاً كان أو سمناً بقدر ما يكفى ما وصفت من ثلاثين مداً فى الشهر ؛ ولخادمها شبيه به ؛ ويفرض لهـا فى دهن ومشط أقل ما يكفيهـا ؛ ولا يكون ذلك لخادمهـا لأنه ليس بالمعروف » .

قال : وان كانت ببلد يقتاتون فيه أصنافا من الحبوب كان لها الأغلب من قوت مثلها فى ذلك البلد . وقد قيل لها فى الشهر أربعة أرطال فى كل جمعة رطل وذلك المعروف لها . ا هـ .

قلت : وجملة ذلك أنه يجب للزوجة الادام لقوله تعالى « وعلى المولود لهرزقهن وكسـوتهن بالمعروف » ومن المعـروف أن المرأة لا تأكل خبزها الا بأدم وروى عكرمة « أن امرأة سألت ابن عاس وقالت له « ما الذى لى من مال زوجى ؟ فقال الخبز والأدم . قالت : أفآخذ من دراهمه شيئاً فقال أتحبين أن يأخذ من مالك فيتصدق به ؟ قالت : لا ؛ فقال كذلك لا تأخذى من دراهمه شيئاً بغير أمره » ويرجع فى جنسـه وقدره الى العرف فيجب فى كل بلد من غالب أدمها وقال أصحابنا ان كان بالشام فالأدم الزيت ؛ وان كان بالعراق

فالشيرج ، وان كان بخراسان فالسمن ؛ وانما أوجب الشافعى الأدهان من بين سائر الادام لأنها أصلح للأبدان وهى مع البر تعطى طاقة حرارية للبدن عالية بما فى الأدهان من البروتين ؛ قال فى البيان وهى أخف مئونة لأنه لا يحتاج فى التأدم بها الى طبخ ويرجع فى قدره الى العرف ؛ فان كان العرف أن يؤتدم على المد أوقية دهن وجب لأمرأة الموسر كل يوم أوقيتا دهن ولامرأة المعسر أوقية ولامرأة المتوسط أوقية ونصف ؛ لأنه ليس للأدم أصل يرجع اليه تقديره فرجع فى تقديره الى العرف بخلاف النفقة • قال : وعندى انها اذا كانت فى بلد غالب أدم أهله اللبن كأهل اليمن فانه يجب أدمها من اللبن • ا هـ •

فـــرع اذا كانت فى بلد يتأدم أهله اللحم فانه يجب عليه أن يدفع اليها فى كل جمعة لحما لأن العرف والعادة أن النـاس يطبخون اللحم كل جمعـة •

قال أصحابنا : وانما فرض الشـافعى فى كل جمعة رطل لحم لأنه كان بمصر واللحم فيها يقل ، فأما اذا كانت فى موضع يكثر فيه اللحم ؛ فان الحاكم يفرض لها على ما يراه من رطلين أو أكثر • وهذا لامرأة المعسر ؛ فأما امرأة الموسر فيجب لها من ذلك ضعف ما يجب لامرأة المعسر •

قوله « الخضاب » وهو ما يخضب به من خناء وكتم ومساحيق الشـفاه الحمراء قال الأعشى :

أرى رجلا منكم أسـيفا كأنما يضـم الى كشحيه كفا مخضبـا

وخضب الرجل شيه يخضبه والخضـاب الاسـم ؛ قال السـهيلى عبد المطلب أول من خضب بالسواد من العرب • وفى الحديث بكى حتى خضب دمعه الحصى أى بلها من طريق الاستعارة •

قال ابن الاثير : والأشبه أن يكون أراد المبالغة فى البكاء حتى احمـر دمعه فخضب الحصا •

وأما السهوكة فهى من السهك . قال فى اللسان « ريح كريهة تجدها من الانسان اذا عرق تقول انه لسهك الريح ؛ وقد سهك سهكا وهو سهك . قال النابغة :

سهكين من صدا الحديد كأنهم   تحت السنور جنة البقار

ولولا لبسهم الدروع التى قد صدأت ما وصفهم بالسهك ؛ والسهك والسهكة قبح رائحة اللحم اذا خاز .

وقال ابن بطال : وأصله ريح السمك وصدأ الحديد .

أما ما فى هذا الفصل من الأحكام فهو أنه يجب لها ما تحتاج اليه من الدهن والمشط ؛ لأن ذلك تحتاج اليه لزينة شعرها فوجب عليه كنفقة بدنها ؛ ولأن فيه تنظيفاً فوجب عليه ؛ كما يجب على المكترى كنس الدار المستأجرة ؛ هكذا أفاده العمرانى فى البيان .

ويجب عليه ما تحتاج اليه من الصابون وأجرة الحمام ؛ أو توفير أسباب الاستحمام فى مسكنها لما ذكرناه فى الدهن والمشط . قال الشيخ أبو اسحاق هنا فأما الخضاب فان لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه ؛ وان طلبه منها لزمه ثمنه ، وأما الطيب؛ فان كان يراد لقطع السهوكة لزمه لأنه يراد للتنظيف ؛ وان كان يراد للتلذذ والاستمتاع لم يلزمه ، لأن الاستمتاع حق له فلا يلزمه ؛ ولا يلزمه أجرة الحجامة والفصادة ، ولا ثمن الأدوية ولا أجرة الطبيب ان احتاجت اليه لأن ذلك يراد لحفظ بدنها لعارض .

ولنا وقفة عند هذا الأمر الذى ينبغى النظر اليه من خلال ما طرأ على حياة الناس من تغير ؛ وليس هذا الفرع بالشىء الثابت الذى لا يتأثر بالعوامل الانسانية السائدة ؛ فانه اذا كان الزوجان فى مجتمع أو بيئة أو دولة تكفل للعامل والشغال قدراً من الرعاية الصحية تحت اسم اصابة العمل أو المرض أثناء الخدمة فيتكفل صاحب العمل ببعض نفقات العلاج أو كلها ؛ فانه ليس من المعروف أن نضرب المثل هنا باجارة الدار مع الفارق بين الزوجة

والدار . والأقرب الى التشبيه أن يكون المثل انسانياً فيضرب المثل بالعامل فانه أولى .

على أن الفضل فى ذلك أن المرء فيهـا أمير نفسـه ؛ فان كان يحس فى وجدانه بقوله تعالى « والله خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا اليهـا وجعل بينكم مودة ورحمة » فانه لن يشح عليها بما يزيل وصبها فى كنفه ؛ وهو أمر مستحب يدخل فى فضائل المروءة وحسن المباشرة والايثار .

واذا كانت أجرة الحمام لتنظيف البـدن وكذلك فرض مقـادير اللحم والأدم لحفظ بدنها ، وأصحابنا يقولون بأن هـذه كلها لحفظ البـدن على الدوام فنحن قد استحببنا قياس ثمن الدواء لحفظ البدن مما يطرأ عليه على نفقة البدن الأخرى ؛ وفيما يأتى من مسائل ما يؤيد قياسنا هذا . وقد ذهبنا الى استحبابه للاجماع على عدم وجوبه بلا خلاف . وفى هذا رد على من قال بعدم طلب تطبيب الزوجة من زوجها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجب لها الكسوة لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهـن وكسوتهن بالمعروف » ولحديث جابر « ولهـن عليـكم رزقهـن وكسـوتهن بالمعروف » ولأنه يحتاج اليه لحفظ البدن على الدوام فلزمه كالنفقة ، ويجب لامراة الموسر من مرتفع ما يلبس فى البلد من القطن والكتان والخز والابريسم ، ولامراة المعسر من غليظ القطن والكتان ، ولامراة المتوسط ما بينهما ، واقـل ما يجب قميص وسراويل ومقنعة ومداس للرجل ، وان كان فى الشتاء اضاف اليه جبة ، لأن ذلك من الكسوة بالمعروف .

فصـــل ويجب لها ملحفة او كسا ووسادة ومضربة محشوة للنوم ، وزلية او لبد او حصير للنهار ، ويكون ذلك لامراة الموسر من المرتفع ، ولامراة المعسر من غير المرتفع ، ولامراة المتوسط ما بينهما لأن ذلك من المعروف .

فصـــل ويجب لها مسكن لقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعروف ان يسكنها فى مسكن ، ولأنها لا تستغنى عن المسكن للاستتار عن العيون والتصرف والاستمتاع ، ويكون المسكن على قدر يساره واعساره وتوسطه كما قلنا فى النفقة .

فصـــل وان كانت المراة ممن لا تخدم نفسـها بان تكون من ذوات الأقدار او مريضة وجب لها خادم لقـوله عز وجل « وعاشروهن بالمعروف » ومن العشرة بالمعروف ان يقيم لها من يخدمها ، ولا يجب لها اكثر مـن خادم واحد لأن المستحق خدمتها فى نفسها وذلك يحصل بخادم واحد ، ولا يجـوز ان تكون الخادم الا امراة او ذا رحم محرم . وهل يجوز ان يكون من اليهـود والنصـارى ؟ فيه وجهـان (احدهما) انه يجـوز لأنهم يصـلحون للخـدمة (والثانى) لا يجوز لأن النفس تعاف من استخدامهم .

وان قالت المراة : انا اخدم نفسى وآخذ اجرة الخادم لم يجبر الزوج عليه لان القصد بالخدمة ترفيهها وتوفيرها على حقه ، وذلك لا يحصل بخدمتها . وان قال الزوج : انا أخدمهـا بنفسى ففيـه وجهان . (احـدهما) وهو قـول ابى اسحاق انه يلزمها الرضى به ، لانه تقع الكفاية بخدمته (والثانى) لا يلزمها الرضى به لأنها تحتشمه ولا تستوفى حقها من الخدمة .

فصـــل وان كان الخادم مملوكا لها واتفقا على خدمتة لزمه نفقتة ، فان كان موسراً لزمه للخادم مد وثلث من قوت البـلد ، وان كان متوسـطاً او معسراً لزمه مد لأنه لا تقع الكفاية بما دونه ، فى ادمه وجهان :

(احدهما) انه يجب من نوع ادمها كما يجب الطعام من جنس طعامها .

(والثانى) انه يجب من دون ادمها وهو المنصوص ، لأن العرف فى الأدم ان يكون من دون ادمها ، وفى الطعام العرف ان يكون من جنس طعامها ، ويجب لخادم كل وزجة من الكسوة والفراش والدثار دون ما يجب للزوجة ، ولا يجب له السراويه ولا يجب له المشط والسدر والدهن للراس ، لأن ذلك يراد للزينة والخادم لا يراد للزينة ، وان كانت خادمة تخرج للحـاجات وجب لهـا خف لحاجتها الى الخروج) .

الشرح قوله « الزلية » بكسر الزاى واللام المشـددتين بسـاط عراقى نحو الطنفسة ، والدثار الثوب الذى يتدفأ به . قال الشافعى رضى الله عنه : وفرض لها من الكسوة ما يكسى مثلها ببلدها عند المقتر ، وذلك من القطن الكوفى والبصرى وما أشبههما ، ولخادمها كرباس وتبان وما أشبهه، وفرض لها فى البلاد الباردة أقل ما يكفى من البرد جبة محشوة وقطيفة أو لحاف وسراويل وقميص وخمار أو مقنعة ، ولخادمها جبة صـوف وكسـاء

تلتحفه يدفىء مثلها ؛ وقميص ومقنعة وخف وما لا غنى بها عنه ؛ وفرض لها للصيف قميصاً وملحفة ومقنعة • قال وتكفيها القطيفة سنين ونحو ذلك الجبة المحشوة • ا هـ •

وجملة ذلك أن كسوة الزوجة تجب على الزوج لقوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولقوله صلى الله عليه وسلم « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولأن الكسوة تحتاج اليها لحفظ البدن على الدوام ؛ فوجبت على الزوج كالنفقة •

اذا ثبت هذا فان المرجع فى عدد الكسوة وقدرها وجنسها الى العرف والعادة لأن الشرع ورد بايجاب الكسوة غير مقدرة ؛ وليس لها أصل يرد اليه ؛ فرجع فى عددها وقدرها الى العرف بخلاف النفقة ؛ فان فى الشرع لها أصلا ؛ وهو الاطعام فى الكفارة فردت النفقة اليها •

فان قيل : فقد ورد الشرع بايجاب الكسوة فى الكفارة فهلا ردت كسوة الزوجة الى ذلك ؟ فالجواب أن فى الكسوة الواجبة فى كفارة اليمين ما يقع عليه اسم الكسوة وأجمعت الأمة على أنه لا يجب للزوجة من الكسوة ما يقع عليه اسم الكسوة ؛ فاذا منع الإجماع من قياس كسوتها على الكسوة فى الكفارة لم يبق هناك أصل يرد اليه ؛ فرجع فى ذلك الى العرف •

فأما عدد الكسوة قال الشافعى : فيجب للمرأة قميص وسراويل وخمار أو مقنعة قال أصحابنا : ويجب لها شيء تلبسه فى رجلها من نعل ونحوه • وأما قدرها فانه يقطع لها ما يكفيها على قدر طولها وقصرها ؛ لأن عليه كفايتها فى الكسوة ولا تحصل كفايتها الا بقدرها • وأما جنسها فان الشافعى قال : أجعل لامرأة الموسر من لين البصرى والكوفى والبغدادى ، ولامرأة المعسر من غليظ البصرى والكوفى ــ قال الشيخ أبو حامد • انما فرض الشافعى هذه الكسوة على عادة أهل زمانه • لأن العرف فى وقته على ما ذكر • فأما فى وقتنا فان العرف قد اتسع فان العرف أن امرأة الموسر تلبس الحرير والخز والكتان ؛ فيدفع اليها مما جرت عادة نساء بلدها بلبسه• وأن كان فى الشتاء أضاف الى ذلك جبة محشوة تتدفأ بها • انتهى •

وعندى أنها اذا كانت فى بلد لا يكتفى نساؤهم الا بثياب داخلية وثياب خارجية وثياب النوم وجب كسوتها من ذلك ، ويجب لها نطاق وخمار ؛ فيجب لامرأة الموسر من مرتفع ذلك • وتسمى فى زماننا بالطرحة أو الإيشارب • ولامرأة المعسر من خشن ذلك ؛ ولامرأة المتوسط مما بينهما • وان كانت فى بلد لا تختلف كسوة أهله فى زمان الحر والبرد لم تجب لها الملابس المحشوة كالبالطو للشتاء ، لأن ذلك هو العرف والعادة فى حق أهل بلدها فلم يجت لها أكثر منه قال الشافعى « وان بدوية فمما يأكل أهل البادية ومن الكسوة بقدر ما يكتسون — قال الشافعى : « ولامرأته فراش ووسادة من غليظ متاع البصرة » وجملة ذلك أنه يجب لها عليه فراش ؛ لأنها تحتاج الى ذلك كما تحتاج الى الكسوة فيجب لامرأة الموسر مضربة محشوة بالقطن ووسادة • وان كان فى الشتاء وجب لها لحاف أو قطيفة للدفء • وان كان فى الصيف وجب لها ملحفة ؛ وهل يجب لها فراش تقعد عليه بالنهار غير الفراش الذى تنام عليه ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) لا يجب لها غير الفراش الذى تنام عليه لأنها تكتفى بذلك •

(والثانى) — وهو المذهب — أنه يجب لها فراش تقعد عليه بالنهار غير الفراش الذى تنام عليه كالحشية (الشلتة) أو كرسى أو سجادة أو ما أشبه ذلك لأن العرف فى امرأة الموسر أنها تجلس فى النهار على غير الفراش الذى تنام عليه ؛ وقد يحدد العرف مكانا لجلوسها كمكان الاستقبال (الأنتريه أو الصالون) فعلى الموسر أن يوفر لها مثل أحد هذين المكانين لاستراحتها •

فــــرع ويجب لها مسكن لقوله تعالى «أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » وقوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعروف أن يسكنها بمسكن ولأنها تحتاج اليه للاستتار عن العيون عند الاستمتاع ؛ ويقيها من الحر والبرد ؛ فوجب عليه كالكسوة ويعتبر ذلك بيساره واعساره وتوسطه•

مســـألة وان كان المرأة ممن لا تخدم نفسها لمرض بها أو كانت من ذوات الاقدار — قال ابن الصباغ : فان كانت لا تخدم نفسها فى بيت أبيها

وجب على الزوج أن يقيم لهـا من يخدمها وقال داود « لا يجب عليه لهـا خادم » •

دليلنا قوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومن المعـاشرة بالمعروف أن يقيم لها من يخدمها ؛ ولأن الزوج لمـا وجبت عليه نفقة الزوجة وجب عليه اخدامها كالأب لما وجبت عليه نفقة الابن وجبت عليه أجرة من يخدمه وهو من يحضنه •

اذا ثبت هذا فانه لا يلزمه لها خادم واحد ؛ وبه قال أبو حنيفة وأحمد • وقال مالك : اذا كانت تخـدم فى بيت أبيهـا بخـادمين أو أكثر ؛ أو كانت تحتاج الى أكثر من خادم وجب عليه ذلك •

وقال أبو ثور : اذا احتمل الزوج ذلك فرض لخادمين ، ودليلنا أن الزوج انما يلزمه أن يقيم لهـا من يخدمها بنفسـها دون مالها ، وما من امرأة الا ويكفيها خادم واحد فلم يجب لها أكثر منه •

فـــرع ولا يكون الخادم الا امرأة أو رجلا من ذوى محارمها لأنها تحتاج الى نظر الخادم ؛ وقد تخلو به فلم يجز أن يكون رجلا أجنبياً • وهل تجبر المرأة على أن يكون من اليهود والنصارى ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) تجبر على خدمتهم لأنهم يصلحون للخدمة •

(والثانى) لا تجبر على أحد منهم لأن النفس تعاف من استخدامهم ، فان أخدمها خادما يملكه ؛ أو اكترى لها خادما يخدمها ، أو كان لها خادم واتفقا أن يخدمها وينفق عليه أو خدمها الزوج بنفسه ورضيت الزوجة بذلك جاز ؛ لأن المقصود خدمتها وذلك يحصل بجميع ذلك •

وعند أصحاب أحمد فى اخدام اليهود والنصارى وجهان كالوجهين عندنا الصـحيح منهما جوازه لأن استخدامهم مباح ؛ وقد ذكرنا فى المغنى لابن قدامة أن الصحيح اباحة النظر لهم • وان أراد الزوج أن يقيم لهـا خادما

واختارت المرأة أن تقيم لها خادما غيره ففيه وجهان حكاهما القاضي أبو الطيب (أحدهما) يقدم اختيار الزوجة لأن الخدمة حق لها ؛ وربما كان من تختاره أقوم بخدمتها • (والثاني) يقدم اختيار الزوج ؛ لأن الخدمة حق عليه لها فقدمت جهة اختياره كالنفقة ؛ ولأنه قد يتهم من تختاره الزوجة فقدم اختيار الزوج •

قال المسعودي : وان كان لها خادم فأراد الزوج ابداله بغيره فان كان بالخادم عيب ؛ أو كان سارقا ، فله ذلك والا فلا ؛ وان أراد الزوج أن يخدمها بنفسه وامتنعت من ذلك فهل تجبر ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) تجبر عليه ؛ وهو اختيار أبي اسحاق المروزي والشيخ أبي حامد لأن المقصود اخدامها فكان له اخدامها بغيره وبنفسه ؛ كما يجوز أن يوصل اليها النفقة بوكيله أو بنفسه •

(والثاني) لا تجبر على قبول خدمته لأنها تحتشم أن تستخدمه في جميع حوائجها ؛ ولأن عليها عاراً في ذلك وغضاضة فلم تجبر عليه • هذا نقل أصحابنا البغداديين ؛ لأنها لا ترضى أن يكون زوجها خادماً ولو كان خادماً لها ، وبهذين الوجهين قال الحنابلة •

وقال المسعودي : ان كانت خدمته مما لا تحتشم منه في مثلها ؛ مثل كنس البيت والطبخ ونحوه أجبرت على قبول ذلك منه ، وان كانت خدمته تحتشم منه في مثلها كحمل الماء معها الى المستحم ونحوه لم تجبر على قبول ذلك منه ، بل يجب عليه أن يأتيها بخادم يتولى ذلك لها •

فـرع وأما نفقة من يخدمها ؛ فان أخدمها بمملوك له فعليه نفقته وكسوته على الكفاية لحق الملك لا لخدمتها ؛ وان استأجر من يخدمها فله أن يستأجره بالقليل والكثير ؛ وان وجد من يتطوع بخدمتها من غير عوض جاز ؛ لأن حقها في الخدمة وقد حصل ذلك ، وان كان لها خادم مملوك لها واتفقا على أن يخدمها وجب على الزوج نفقة خادمها وكسوته وزكاة فطره ؛

وتكون نفقته مقدرة ؛ وقد وهم المزنى أن فى وجوب نفقة خادمها قولين • قال أصحابنا وليس بشيء •

اذا ثبت هذا فانه يجب لخادم امرأة الموسر والمتوسط ثلثا ما يجب لهــا من النفقة ؛ فيجب لخــادم امرأة الموسر كل يوم مد وثلث ولخــادم امرأة المتوسط كل يوم مد ؛ لأن العرف أن نفقة خادم المرأة الموسر أكثر من نفقة خادم امرأة المعسر ، وأما نفقة خادم امرأة المعسر فيجب له كل يوم مد ؛ لأن البدن لا يقوم بدون ذلك ، ويجب ذلك من غالب قوت البلد ؛ لأن البــدن لا يقوم بغير قوت البلد ؛ ويجب له الإدم لأن العرف أن الطعام لا يؤكل الا بأدم ؛ وهل يكون من مثل أدمها ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) أنه يكون من مثل أدمها كما يجب الطعام من مثل طعامها •

(والثانى) لا يجب له من مثل أدمها لأن العرف أن أدم الخادم دون أدم المخدوم فلم يسو بينهما ، كما لا يسوى بينهما فى قدر النفقة ؛ فعلى هــذا يكون أدمها كما يقول العمرانى وغيره من أصحابنا من الزيت الجيد ، ويكون أدم خادمهــا من الذى دونه ؛ ولا يعــدل بأدم الخادم عن جنس غالب أدم البلد ؛ لأن البدن لا يقوم الا به •

وهل يجب لخادمها اللحم ؟ ان قلنا : يجب له الأدم من مثل أدمها وجب له اللحم • ولا يجب له الدهن والمشط لأن ذلك يراد للزينة والخادم لا يراد للزينة • قال الشافعى : ويجب لخادمها قميص ومقنعة وخف ؛ وأوجب لهــا الخف لأنها تحتاج اليه عند الخروج لقضاء الحاجات ؛ وان كان فى الشتاء وجب له جبة صوف أو كساء ليدفأ به من البرد ؛ قال : ولخادمها فروة ووسادة وما أشبههما من عباءة أو كساء •

قال أصحابنا : أما الفراش فلا يجب لخادمها ؛ وانما يجب له وسادة ، ويجب لخادم امرأة الموسر كساء ، ولخادم امرأة المعسر عباءة لأن ذلك هو العرف فى حقهم فان مات خادمها فهل يجب عليه كفنه ومؤنة تجهيزه ؟ فيــه وجهان كما قلنا فى كفن الزوجة ومؤنة تجهيزها • وان خدمت المرأة نفســها

لم يجب لها أجرة ؛ لأن المقصود باخدامها ترفيهها ؛ فاذا حملت المشـقة على نفسها لم تستحق الأجرة كالعامل فى القراض اذا تولى من العمـل ما له أن يستأجر عليه فليس له أجرة من مال القراض •

فــرع فاذا كانت ممن لا تخدم بأن كانت تخدم نفسـها فى بيت أبيها وهى صحيحة تقدر على خدمة نفسها لم يجب على الزوج أن يقيم لهـا من يخدمها ؛ لأن العرف فى حقها أن تخدم نفسها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل ويجب ان يدفع اليها نفقة كل يوم اذا طلعت الشـمس ، لانه اول وقت الحاجة ، ويجب ان يدفع اليها الكسوة فى كل ستة اشهر لأن العرف فى الكسوة ان تبدل فى هذه المدة ، فان دفع اليها الكسوة فبليت فى اقل من هـذا القدر لم يجب عليه بدلها كما لا يجب عليه بدل طعام اليوم اذا نفـد قبل انقضاء اليوم ، وان انقضت المدة والكسوة باقية ففيه وجهان :

(احدهما) لا يلزمه تجديدها لأن الكسوة مقدرة بالكفاية ، وهى مكفية •

(والثانى) يلزمه تجديدها وهو الصحيح ، كما يلزمه الطعـام فى كل يوم وان بقى عندها طعام اليوم الذى قبله ، ولأن الاعتبار بالمدة لا بالكفاية ، بدليل انها لو تلفت قبل انقضاء المدة لم يلزمه تجديدها والمدة قـد انقضـت فوجب التجديد • واما ما يبقى سنة فاكثر كالبسط والفراش وجبة الخز والأبريسم فلا يجب تجديدها فى كل فصل لأن العادة أن لا تجدد فى كل فصل •

فصــل وان دفع اليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه لم يرجع بمـا بقى لانه دفع ما يستحق دفعه ، وان سلفها نفقة ايام فبانت قبل انقضائها فله ان يرجع فى نفقة ما بعد اليوم الذى بانت فيه ، لانه غير مستحق • وان دفـع اليها كسوة الشتاء او الصيف فبانت قبل انقضائه ففيه وجهان :

(احدهما) له ان يرجع لانه دفع لزمان مسـتقبل فاذا طرأ ما يمنـع الاستحقاق ثبت له الرجوع كما لو اسلفها نفقة ايام فبانت قبل انقضائها •

(والثانى) لا يرجع لانه دفع ما يستحق دفعه فلم يرجع به ، كما لو دفع اليها نفقة يوم فبانت قبل انقضائه •

فصـــل وان قبضت كسوة فصل وأرادت بيعها لم تمنع منه . وقال أبو بكر بن الحداد المصرى : لا يجوز . وقال ابو الحسن الماوردى البصرى : ان ارادت بيعها بما دونها فى الجمال لم يجز ، لأن للزوج حظاً فى جمالها وعليـــه ضرراً فى نقصان جمالها ، والأول أظهر ، لأنه عوض مســـتحق فلم تمنع من التصرف فيه كالمهر . وان قبضت النفقة وارادت ان تبيعها او تبدلها بغيرها لم تمنع منه ، ومن اصحابنا من قال : ان ابدلتها بما يستضر بأكله كان للزوج منعها لما عليه من الضرر فى الاستمتاع بمرضها ، والمذهب الأول لما ذكرناه فى الكسوة والضرر فى الأكل لا يتحقق فلا يجوز المنع منه) .

الشرح فى متى تجب نفقة الزوجة قولان . قال فى القديم : يجب جميعها بالعقد ؛ ولكن لا يجب عليه تسليم الجميع ؛ وبه قال أبو حنيفـة ؛ لأنه مال يجب للزوجة بالزوجية فوجت بالعقد كالمهر ؛ ولأن النفقة تجب فى مقابلة الاستمتاع فلما ملك الاستمتاع بها بالعقد وجب بأن تملك عليه ما فى مقابلته وهو النفقة كالثمن والمثمن .

وقال فى الجديد : لا تجب بالعقد وانما تجب يوماً بيوم وهو الأصح . لأنها لو وجبت بالعقد لوجب عليه تسـليم جميعها اذا سلمت نفسها ؛ كمـا يجب على المستأجر تسليم جميع الأجرة اذا قبض العين المستأجرة ؛ فلما لم يجب عليه تسليم جميعها ثبت أن الجميع لم يجب ؛ وقول الأول أنها وجبت فى مقابلة ملك الاستمتاع غير صـحيح وانما وجبت فى مقـابلة التمكين من الاستمتاع . فاذا قلنا بقوله القديم صح أن يضمن عن الزوج بعقـد زمان مستقبل ؛ ولكن لا يضمن عنه الا نفقه المعسر وان كان موسراً ؛ لأن ذلك هو الواجب عليه بيقين . وان قلنا بقوله الجديد لم يصح أن يضمن عليه الا نفقة اليوم بعد طلوع الفجر . وأما وجوب التسليم فلا خلاف أنه لا يجب عليه الا تسليم نفقـة يوم بيوم ، لأنها انمـا تجب فى مقـابلة التمكين من الاستمتاع وذلك لا يوجد الا بوجود التمكين فى اليوم ؛ فاذا جاء أول اليوم وهى ممكنة له من نفسها وجب عليه تسليم نفقـة اليوم فى أوله لأن الذى يجب لها هو الحب ؛ والحب يحتاج الى طحن وعجن وخبز . وتحتاج الى الغداء والعشاء . فلو قلنـا لا يجب عليه تسليم ذلك الا فى وقت الغـداء والعشاء أضر بها الجوع الى وقت فراغه .

قال الشيخ أبو حامد : فان سلم لها خبزاً فارغا فأخذته وأكلته كان ذلك قبضاً فاسداً ؛ لأن الذى تستحقه عليه الحب ، فيكون لها مطالبته بالحب وله مطالبتها بقيمة الخبز .

فـــرع فان دفع اليها نفقــة شهر مستقبل فمات أحدهما أو بانت منه بالطلاق قبل انقضاء الشهر لم يسترجع منها لأنه دفع اليها ما وجب عليه لها ، فلم يتغير بما طرأ بعده كما لو دفع الزكاة الى فقير فمات أو استغنى . وان دفع اليها نفقة شهر مستقبل فمات أحدهما أو بانت منه فى أثناء الشهر استرجع منها نفقة مابعد اليوم الذى مات أحدهما فيه أو بانت فيه . وبه قال أحمد ومحمد بن الحسن . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يسترجع منهـا لأنه ملكته بالقبض .

ودليلنا أنه دفع ذلك اليها عما سيجب لها بالزوجية فى المستقبل ، فاذا بان أنه لم يجب لها شىء استرجع منها ، كما لو قدم زكاة ماله قبل الحول الى فقير فاستغنى الفقير من غير ما دفع اليه أو مات .

فـــرع وان دفع اليها الكسوة أو النعل فبليت نظرت ؛ فان بليت فى الوقت الذى يبلى فيه مثلها ، مثل أن يقال : هذا يبقى ستة أشهر ، فأبلته بأربعة أشهر أو دونهـا لم يلزمه أن يدفع اليهـا بدله ؛ لأنه قد دفع اليهـا ما تستحقه عليه ، فاذا بلى قبل ذلك لم يلزمه ابداله ، كما لو سرقت كسوتها أو احترقت ، وكما لو دفع اليها نفقة يوم فأكلتها قبل اليوم .

وان مضى الزمان الذى تبلى فيه مثل تلك الكسوة بالاستعمال المعتاد ولم تبل تلك الكسوة بل يمكن لباسها ، فهل يلزمه أن يكسوها ؟ فيه وجهان:

(أحدهما) لا يلزمه لأنها غير محتاجة الى الكسوة (والثانى) يلزمه أن يكسوها قال الشيخان أبو اسحاق وأبو حامد : وهو الأصح لأن الاعتبـار بالكسوة بالمدة لا بالبلاء . ألا ترى أن كسوتهن لو بليت قبل وقت بلائهـا لم يلزمه ابدالها ، فاذا بقيت بعد مدة بلائها يلزمه ابدالها ؛ ولأنه لو دفع

اليها نفقة يوم فلم تأكلها حتى جاء اليوم الثانى لزمه نفقه لليوم الثانى ، وان كانت مستغنية فيه بنفقة اليوم الاول فكذلك فى الكسوة مثله .

وان دفع اليها كسوة مدة فمات أحدهما أو بانت منه قبل انقضائها والكسوة لم تبل ؛ فهل يسترجع من وارثها أو منها ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يسترجع منها ؛ كما لو دفع اليها نفقة ما بعد يوم الموت والبينونة (والثانى) لا يسترجع لأنه دفع الكسوة اليها بعد وجوبها عليه فلم يسترجع منها كما لو دفع اليها نفقة يوم فمات أحدهما أو بانت قبل انقضائه ؛ ويخالف اذا دفع اليها نفقة الشهر ؛ فانها لا تستحق عليه نفقة ما بعد يوم الموت والبينونة . فلذلك استرجعت منها .

فـــرع قال ابن الحداد : اذا دفع الى امرأته كسوة فأرادت بيعها لم يكن لها ذلك لأنها لا تملكها ، ألا ترى أن له أن يأخذها منها ويبدلها بغيرها . ولو دفع اليها طعاماً فباعته كان لها ذلك .

واختلف أصحابنا فى ذلك فمنهم من وافق ابن الحداد وقال : لا يصح لها بيع ما يدفع اليها من الكسوة لأنها تستحق عليه الانتفاع بالكسوة وهو استتارها بها فلا تملكها بالقبض كالمسكن . وان أتلفت كسوتها لزمها قيمتها له ولزمه أن يكسوها ، ومنهم من خطأ ابن الحداد وقال : تملك الكسوة اذا قبضتها ويصح بيعها ؛ لأنه يجب عليه دفع الكسوة اليها ، فاذا قبضتها ملكتها وصح بيعها لها كالنفقة ويخالف المسكن فانه لا يلزمه أن يسلم اليها المسكن وانما له أن يسكن معها وقال أبو الحسن الماوردى صاحب الحاوى : ان أرادت بيعها بما دونها فى الجمال لم يجز ؛ لأن للزوج حظاً فى جمالها ، وعليه ضرر فى نقصان جمالها . وان أرادت بيعها بمثلها أو أعلى منها كان لها ذلك لأنها ملكتها ولا ضرر على الزوج فى ذلك قال ابن الصباغ : وعندى أنه لو أراد أن يكترى لها ثياباً تلبسها لم يلزمها أن تستجيب الى ذلك ؛ ولو أراد أن يكترى لها مسكناً لزمها الاستجابة الى ذلك . هذا نقل أصحابنا البغداديين أن الذى يستحق عليه دفع النفقة والكسوة ؛ ولم يذكر أحد منهم أنه يجب عليه أن يملكها .

وأما المسعودى فقال : يجب عليه آن يملكهـا الحب ؛ فلو رضيت آن يملكها الخبز فالظاهر أنه يصح . وفيه وجه آخر أنه لا يصح . لأنه ابدال قبل القبض وأيضا فانه بيع الحت بالخبز ، وذلك ربا .

وأما الكسوة فتجب عليه على طريق الكفاية ولا يجب عليه التمليك ؛ فلو سرقت أو تحرقت فى الحال وجب عليه الإبدال ، وفيه وجه آخر أنه يجب عليه التمليك تخريجاً من النفقة .

فـــرع وان دفع اليها نفقتها وأرادت بيعها أو ابدالهـا بغيرها لم تمنع منها ومن أصحابنا من قال : انه اذا أرادت ابدالها بما تستضر بأكلها كان للزوج منعها لأن عليه ضرراً فى الاستمتاع بها مريضة ؛ والمذهب الأول ، لأن الضرر بأكلها لغيرها لا يتحقق ؛ فان تحقق الضرر بذلك منعت منه : لئلا تقتل نفسها ، كما لو أرادت قتل نفسها .

قال الشافعى : وليس على الزوج أن يضحى عن امرأته لأنه لا يجب عليه أن يضحى عن نفسه ، فلأن لا يجب عليه أن يضحى عنها أولى . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الاعسار بالنفقة واختلاف الزوجين فيها

اذا اعسر الزوج بنفقة المعسر فلها ان تفسخ النكاح ، لما روى ابو هريرة رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يجـد ما ينفق على امراته قال : يفرق بينهما » ولانه اذا ثبت لها الفسخ بالعجز عن الوطء ــ والضرر فيه اقل ــ فلأن يثبت بالعجز عن النفقة والضرر فيه اكثر اولى ، وان اعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار ، لان البدن لا يقوم بما دون المد ، وان اعسر بما زاد على نفقة المعسر لم يثبت لها الفسخ ، لان ما زاد غير مستحق مع اعسار . وان اعسر بالادم لم يثبت لها الفسخ ، لان البدن يقوم بالطعام من غير ادم . وان اعسر بالكسوة ثبت لها الفسخ ، لان البدن لا يقوم بغير الكسوة ، كمـــا لا يقوم بغير القوت .

وان اعسر بنفقة الخادم لم يثبت لها الفسخ لان النفس تقوم بغير خادم . وان أعسر بالمسكن ففيه وجهان (احدهما) يثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم المسكن (والثانى) لا يثبت لأنها لا تعدم موضعاً تسكن فيه .

فصـــل وان لم يجد الا نفقة يوم بيوم لم يثبت لها الفســخ ، لأنه لا يلزمه فى كل يوم اكثر من نفقة يوم ، وان وجد فى اول النهار ما يغديهـا وفى آخره ما يعيشها ففيه وجهان (احدهما) لها الفسخ لأن نفقة اليوم لا تتبعض . (والثانى) ليس لها الفسخ لأنها تصل الى كفايتها .

وان كان يوماً يجد قدر الكفاية ولا يجد يوماً ثبت لها الفسخ لأنه لا يحصل لها فى كل يوم الا بعض النفقة .

وان كان نساجاً فى كل أسبوع ثوباً تكفيه اجرته الاسبوع ، أو صـانعاً يعمل فى كل ثلاثة أيام تكة يكفيه ثمنها ثلاثة ايام لم يثبت لها الفسخ لانه يقـور أن يستقرض لهذه المدة ما ينفقه فلا تنقطع به النفقة . وان كانت نفقته فى عمل فعجز عن العمل بمرض نظرت ــ فان كان مرضاً يرجى زواله فى اليومين والثلاثة لم يثبت الفسخ ، لانه يمكنها ان تستقرض ما تنفقه ثم تقضيــه . وان كان مريضاً مما يطول زمانه ثبت لها الفسخ لأنه يلحقها الضرر لعدم النفقة ، وان كان له مال غائب ــ فان كان فى مســافة لا تقصر فيهـا الصــلاة لم يجز لهـا الفســخ . وان كان فى مســافة تقصر فيها الصــلاة ثبت لها الفسخ لما ذكرناه فى المرض ، وان كان له دين على موسر لم يثبت لها الفسخ وان كان على معسر ثبت لها الفسخ ، لأن يسار الغريم كيساره ، واعساره كاعساره فى تيســـير النفقة وتعسيرها) .

الشرح حديث أبى هريرة أخـرجه الدارقطنى والبيهقى فى السنن الكبرى من طـريق عاصم القـارى عن أبى صـالح عن أبى هريرة وأعله أبو حاتم ، ولكن للحديث شواهد عن سعيد بن المسيب عند سعيد بن منصور والشافعى وعبد الرزاق فى الرجل لا يجد ما ينفق على أهله قال « يفـرق بينهما » قال أبو الزناد : قلت لسعيد سنة ؟ قال سنة . وهذا مرسل قوى .

وعن عمر عند عبد الرزاق والمنـذرى والشافعى « أنه كتب الى امرأة الأجناد فى رجال غابوا عن نسـائهم اما أن ينفقوا واما أن يطلقوا ويبعثوا نفقة ما حبسوا » وعن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى واليد العليـا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول .

فقيل من أعول يا رسول الله ؟ قال امرأتك ممن تعول ، تقول : أطعمني والا فارقني ؛ جاريتك تقول : أطعمني واستعملني ، ولدك يقول : الى من تتركني ؟ » رواه أحمد والدارقطني باسناد صحيح وأخرجه الشيخان في الصحيحين وأحمد من طريق آخر ؛ وجعلوا الزيادة المفسرة فيه من قول أبي هريرة . وقد حسن اسناده الحافظ ابن حجر مع كونه من رواية عاصم عن أبي صالح ، وفي حفظ عاصم مقال .

والحديث الذي أخرجه البخاري عن أبي هريرة لفظه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « أفضل الصدقة ما كان عن ظهر غني واليد العليا خير من اليد السفلى وابدأ بمن تعول . تقول المرأة : اما أن تطعمني واما أن تطلقني ؛ ويقول العبد : أطعمني واستعملني . ويقول الابن : أطعمني والى من تدعني ؟ قالوا : يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ قال لا ؛ هذا من كيس أبي هريرة » .

اما الأحكام فانه اذا كان الزوج موسراً فصار معسراً فانه ينفق على زوجته نفقة المعسر ، ولا يثبت لها الخيار في فسخ النكاح ، لأن بدنها يقوم بنفقة المعسر وان أعسر بنفقة المعسر كانت بالخيار بين أن تصبر وبين أن تفسخ النكاح ، وبه قال عمر وعلي وأبو هريرة وابن المسيب والحسن البصري وحماد بن أبي سلمة وربيعة ومالك وأحمد .

وقال عطاء والزهري والثوري وأبو حنيفة وأصحابه : لا يثبت لها الفسخ ، بل يرفع يده عنها لتكتسب . وحكاه المسعودي قولا آخر لنا . وليس بمشهور . دليلنا قوله تعالى « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » فخير الله الزوج بين الامساك بالمعروف ، وهو أن يمسكها وينفق عليها ؛ وبين التسريح باحسان . فاذا تعذر عليه الامساك بمعروف تعين عليه التسريح .

وروى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا أعسر الرجل بنفقة امرأته يفرق بينهما » ولأنه روى ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة ولا

مخالف لهم فى الصحابة الا ما رواه صاحب الفتح عن الكوفيين من أنه يلزم المرأة الصبر وتتعلق النفقة بذمة الزوج . وحكاه فى البحر من كتب العترة عن عطاء والزهرى والثورى والقاسمية . وقالوا عن الأحاديث : انها معتلة.

وأما ما ورد فى الصحيحين من حديث أبى هريرة فقالوا : هو من قول أبى هريرة كما وقع التصريح به منه حيث قال « انه من كيسه » أى من استنباطه من المرفوع وقد وقع فى رواية الأصيلى بفتح الكاف أى من فطنته.

ونجيب عن ذلك بأن الأحاديث المذكورة يقوى بعضها بعضاً مع أنه لم يكن فيها قدح يوجب الضعف فضلا عن السقوط . والآية « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً الا ما آتاها » وكذا قولهم : « واذا أعسر ولم يجد سبباً يمكنه به تحصيل النفقة فلا تكليف عليه بدلالة الآية » فيجاب عنه بأنا لم نكلفه النفقة حال اعساره ؛ بل دفعنا الضرر عن امرأته وخلصناها من حباله لتكتسب لنفسها أو يتزوجها رجل آخر .

واحتجوا فيما فى صحيح مسلم من حديث جابر « أنه دخل أبو بكر وعمر على النبى صلى الله عليه وسلم فوجداه حوله نساؤه واجماً ساكناً وهن يسألنه النفقة ، فقام كل منهما الى ابنته أبو بكر الى عائشة وعمر الى حفصة فوجآ أعناقهما فاعتزلهن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك شهراً » فضربهما لابنتيهما فى حضرته صلى الله عليه وسلم لأجل مطالبتهما بالنفقة التى لا يجدها يدل على عدم التفرقة لمجرد الاعسار عنها . قالوا : ولم يزل الصحابة فيهم الموسر والمعسر ومعسروهم أكثر .

ويجاب عن هذا بأن زجرهما عن المطالبة بما ليس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يدل على عدم جواز الفسخ لأجل الاعسار ؛ ولم يرو أنهن طلبته ولم يجبن اليه ، كيف ؟ وقد خيرهن صلى الله عليه وسلم بعد ذلك فاخترنه .

ومحل النزاع هل يجوز الفسخ عند الاعسار أم لا ؟ وقد أجيب عن هذا

الحديث بأن أزواجه صلى الله عليه وسلم لم يعدمن النفقة بالكلية ؛ لأنه صلى الله عليه وسلم قد استعاذ من الفقر المدقع ؛ ولعل ذلك انما كان فيما زاد على قوام البدن . قال الشوكانى فى نيل الأوطار : وظاهر الأدلة أنه يثبت الفسخ للمرأة بمجرد عدم وجدان الزوج لنفقتها بحيث يحصل عليها ضرر من ذلك . ا هـ .

اذا ثبت هذا فان كان لا يجد الا نفقة يوم بيوم لم يثبت لها الخيار فى الفسخ لأنه قادر على الواجب عليه . وان كان لا يجد فى أول النهار الا ما يغديها ووجد فى آخره ما يعشيها فهل يثبت لها الفسخ ؟ فيه وجهان حكاهما المصنف .

(أحدهما) يثبت لها الفسخ لأن نفقة اليوم لا تتبعض .

(والثانى) لا يثبت لها الفسخ لأنها تصل الى كفايتها . وان كان يجد نفقة يوم ولا يجد نفقة يوم ثبت لها الفسخ لأنها لا يمكنها الصبر على ذلك . فهو كما لو لم يجد كل يوم الا نصف مد .

فرع وان كان نساجا ينسج فى كل أسبوع ثوبا تكفيه أجرته الأسبوع لم يثبت لها الفسخ ؛ لأنه يستطيع أن يستقرض لهذه الأيام ما تقتضيه لنفقتها فلا تقطع به النفقة عليها ؛ لأن الأجر اذا كان يكفيه وحده بدونها فانه يستطيع أن يقترض كما قررنا فلا يثبت لها الفسخ .

وان كانت نفقته بالعمل فعجز عنه بمرض ـ فان كان مرضا يرجى زواله باليومين والثلاثة لم يثبت لها الفسخ لأنه لم يلحقها الضرر . وان كان له مال غائب ـ فان كان على مسافة لا تقصر فيها الصلاة ـ لم يجز لها الفسخ والا ثبت لها الفسخ لما ذكرناه فى المرض وان كان له دين على ملىء لم يثبت لها الفسخ كما قلنا فى الزكاة اذا كان بعض النصاب دينا على ملىء وجب على الدائن الزكاة فيه ؛ لأن يسار الغريم كيساره ، واعساره كاعساره فى تيسير النفقة واعسارها .

فــرع وان علمت المرأة باعسار الرجل بالنفقة فتزوجته ثبت لها الفسخ . لأنه قد يكتسب بعد العقد أو يقترض أو يتهب ، فلما جاز أن يعتبر حاله لم يلزمها حكم علمها به . وان تزوجته مع علمها به باعساره بالمهر فهل يثبت لها الفسخ ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت لها الفسخ كالنفقة (والثانى) لا يثبت لها الفسخ لأنها رضيت بتأخيره لأنه معسر به بخلاف النفقة فانها تجب بعد العقد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل وان كان الزوج موسرا وامتنع من الانفاق لم يثبت لها الفسخ لانه يمكن الاستيفاء بالحاكم . وان غاب وانقطع خبره لم يثبت لها الفسخ ، لأن الفسخ يثبت بالعيب بالاعسار ، ولم يثبت الاعسار . ومن أصحابنا من ذكر فيه وجها آخر انه يثبت لها الفسخ لأن تعذر النفقة بانقطاع خبره كتعذرها بالاعسار .

فصــل اذا ثبت لها الفسخ بالاعسار واختارت المقام معه ثبت لها فى ذمته ما يجب على المعسر من الطعام والادم والكسوة ونفقة الخادم ، فاذا أيسر طولب بها لأنها حقوق واجبة عجز عن ادائها ، فاذا قدر طولب بها كسائر الديون ولا يثبت لها فى الذمة ما لا يجب على المعسر من الزيادة على نفقة المعسر لانه غير مستحق .

فصــل وان اختارت المقام بعد الاعسار لم يلزمها التمكين من الاستمتاع ولها ان تخرج من منزله ، لأن التمكين فى مقابلة النفقة ، فلا يجب مع عدمها . وان اختارت المقام معه على الاعسار ثم عن لها أن تفسخ فلها ان تفسخ ، لأن النفقة يتجدد وجوبها فى كل يوم فتجدد حق الفسخ . وان تزوجت بفقير مع العلم بحاله ثم اعسر بالنفقة فلها ان تفسخ ، لأن حق الفسخ يتجدد بالاعسار بتجدد النفقة .

فصــل وان اختارت الفسخ لم يجز الفسخ الا بالحاكم لانه فسخ مختلف فيه فلم يصح بغير الحاكم كالفسخ بالتعنين ، وفى وقت الفسخ قولان (احدهما) ان لها الفسخ فى الحال ، لانه فسخ لتعذر العوض فثبت فى الحال كفسخ البيع بافلاس المشترى بالثمن . (الثانى) انه يمهل ثلاثة ايام لانه قد لا يقدر فى اليوم ويقدر فى غد ولا يمكن امهاله ابدا لانه يؤدى الى الاضرار بالمراة والثلاث فى حد القلة فوجب امهاله . وعلى هذا لها أن تخرج فى هذه الأيام من منزل الزوج ، لانها لا يلزمها التمكين من غير نفقة) .

الشرح الأحكام : اذا كان الزوج موسراً حاضراً ، فطالبته بنفقتها فمنعها اياها لم يثبت لها الفسخ ؛ لأنه يمكنها التوصل الى استيفاء حقها بالحكم . وفيه وجه آخر حكاه المسعودى أنه يثبت لها الفسخ ؛ لأن الضرر يلحقها بمنعه النفقة فهو كالمعسر ، وليس بشيء لأن العسرة عيب .

وان غاب عنها الزوج وانقطع خبره ولا مال له ينفق عليها منه فهل يثبت لها الفسخ ؟ فيه وجهان (أحدهما) يثبت كتعذرها بالاعسار (والثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد أنه لا يثبت لها الفسخ ، لأن الفسخ انما يثبت بالاعسار بالنفقة ولم يثبت اعساره .

فرع اذا ثبت اعسار الزوج وخيرت بين ثلاثة أشياء : بين أن تفسخ النكاح وبين أن تقيم معه وتمكنه من الاستمتاع بها ويثبت لها فى ذمته ما يجب على المعسر من النفقة والأدم والكسوة ونفقة الخادم الى أن يوسر ، وبين أن يقيم على النكاح ولكن لا يلزمها أن تمكنه من نفسها ، بل تخرج من منزله ؛ لأن التمكين انما يجب عليها ببذل النفقة ، ولا نفقة هناك ، ولا تستحق فى ذمته نفقة فى وقت انفرادها عنه ؛ لأن النفقة انما تجب فى مقابلة التمكين من الاستمتاع ولا تمكين منها له . فان اختارت المقام معه ثم عن لها أن تفسخ النكاح كان لها ذلك ؛ لأن وجوب النفقة لها يتجدد ساعة بساعة ويوما بيوم ، فاذا عفت عن الفسخ لوجوب نفقة وقتها ورضيت به تجدد لها الوجوب فيما بعد فثبت لها الفسخ بخلاف الصداق اذا أعسر به فرضيت بالمقام معه ، فان خيارها يسقط لأنه يجب دفعة واحدة ولا يتجدد وجوبه .

وان اختارت الفسخ قال الطبرى فى العدة : قولان . (أحدهما) قال ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره : انها لا تفسخ بنفسها ، بل ترفع الأمر الى الحاكم حتى يأمره بالطلاق أو يطلق عليه — لأنه موضع اجتهاد واختلاف — فكان الى الحاكم كالفسخ بالعنة ؛ (والثانى) أنها تفسخ بنفسها كالمعتقة تحت عبد . وهل يؤجل ؟ فيه قولان .

(أحدهما) لا يؤجل لأن الفسخ للإعسار وقد وجد الإعسار فثبت الفسخ فى الحال كالعيب فى الزوجين •

(والثانى) يؤجل ثلاثة أيام لأن المكتسب قد ينقطع كسبه ثم يعود والثلاث هى حد القلة فوجب انظاره ثلاثا ولا يلزمها المقام معه فى هذه الثلاث فى منزله ، لأنه لا يلزمها التمكين من غير نفقه ، فاذا قلنا بهذا فوجد فى اليوم الثالث نفقتها وتعسرت عليه النفقة فى اليوم الرابع فهل يجب أن يستأنف له امهال ثلاثة أيام ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب لأن العجز الأول ارتفع (والثانى) لا يجب لأنها تستضر بذلك •

فـرع وان كانت الزوجة صغيرة أو مجنونة فأعسر زوجها بالنفقة لم يكن لوليها أن يفسخ النكاح ؛ لأن ذلك يتعلق بشهوتها واختيارها ، والولى لا ينوب عنها فى ذلك . وان زوج الرجل أمته من رجل فأعسر الزوج بنفقتها ، فان كانت الزوجة معتوهة أو مجنونة قال ابن الحداد فلا يثبت الفسخ للسيد ، لأن الخيار اليها وليست من أهل الخيار فلا ينوب عنها السيد فى الفسخ كما لو عن الزوج عنها ويلزم السيد أن ينفق عليها ان كان موسراً بحكم الملك ، وتكون نفقتها فى ذمة زوجها الى أن يوسر ، فاذا أيسر قال القاضى أبو الطيب : فانها تطالب زوجها بها فاذا قبضتها أخذها السيد منها لأنها لا تملك المال ، وحاجتها قد زالت بانفاق السيد عليها • قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر ، لأن الأمة اذا كانت لا تملك العين فكذلك الدين ، فيجب أن يكون ما ثبت من الدين للسيد وله المطالبة به دونها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـل **اذا وجد التمكين الموجب للنفقة ولم ينفق حتى مضت مدة صارت النفقة دينا فى ذمته ولا تسقط بمضى الزمان ، لأنه مال يجب على سبيل البدل فى عقد معاوضة فلا يسقط بمضى الزمان كالثمن والأجرة والمهر ، ويصح ضمان ما استقر منها بمضى الزمان ، كما يصح ضمان سائر الديون •**

وهل يصح ضمانها قبل استقرارها بمضى الزمان ؟ فيه قولان بناء على

القولين فى النفقة هل تجب بالعقد او بالتمكين ؟ فيه قولان : قال فى الجديد تجب بالتمكين وهو الصحيح ، لانها لو وجبت بالعقد لملكت المطالبة بالجميع كالمهر والأجرة وعلى هذا لا يصح ضمانها لانه ضمان مالم يجب .

وقال فى القديم : تجب بالعقد لانها فى مقابلة الاستمتاع والاستمتاع يجب بالعقد فكذلك النفقه ، وعلى هذا يصح أن يضمن منها نفقة موصوفة لمدة معلومة .

فصل اذا اختلف الزوجان فى قبض النفقة فادعى الزوج انها قبضت وانكرت الزوجة فالقول قولها مع يمينها لقوله عليه السلام « اليمين على المدعى عليه » ولان الأصل عدم القبض .

وان مضت مدة لم ينفق فيها وادعت الزوجة انه كان موسراً فيلزمه نفقة الموسر ، وادعى الزوج انه كان معسراً فلا يلزمه الا نفقة المعسر نظرت — فان عرف له مال — فالقول قولها — لأن الاصل بقاؤها ، وان لم يعرف له مال قبل ذلك فالقول قوله لأن الأصل عدم المال .

وان اختلفا فى التمكين فادعت المراة انها مكنت وانكر الزوج فالقول قوله لان الاصل عدم التمكين وبراءة الذمة من النفقة ، وان طلق زوجته طلقة رجعية وهى حامل فوضعت واتفقا على وقت الطلاق واختلفا فى قت الولادة فقال الزوج : طلقتك قبل الوضع فانقضت العدة فلا رجعة لى عليك ولا نفقة لك على . وقالت المراة : بل طلقتنى بعد الوضع فلك على الرجعة ولى عليك النفقة ، فالقول قول الزوج انه لا رجعة لى عليك ، لانه حق له فقبل اقراره فيه . والقول قول المراة فى وجوب العدة لانه حق عليها فكان القول قولها ، والقول قولها مع يمينها فى وجوب النفقة ، لان الأصل بقاؤها ، والله أعلم) .

الشرح الأحكام : نفقة الزوجة لا تسقط بمضى الزمان ، فاذا مكنت المرأة الزوج من نفسها زماناً ولم ينفق عليها وجبت لها نفقة ذلك الزمان ، سواء فرضها الحاكم أو لم يفرضها ، وبه قال مالك وأحمد .

وقال أبو حنيفة : يسقط عنه الا أن يفرضها الحاكم . دليلنا أنه حق يجب مع اليسار والإعسار فلا يسقط بمضى الزمان كالدين . وفيه احتراز من نفقة الأقارب — فان أعسر الزوج بنفقة ما مضى — لم يثبت لها الفسخ ؛ لأن الفسخ جعل ليرجع اليها ما فى مقابلة النفقة ، والنفقة للزمان الماضى فى

مقابلة تمكين قد مضى . فلو فسخت النكاح لأجلها لم يرجع اليها ما فى مقابلتها ، فهو كما لو أفلس المشترى والمبيع بألف ، فانه لا يثبت للبائع الرجوع الى المبيع . وان أبرأت الزوج عنها صحت براءتها ، لأنه دين معلوم فصحت البراءة منه كسائر الديون .

فـــرع اذا تزوج الرجل امرأة ومكنته من نفسها زماناً ثم اختلفا فى النفقة فادعى الزوج أنه قد أنفق عليها وقالت لم ينفق على ولا بينة للزوج فالقول قول الزوجة مع يمينها ، سواء كان الزوج معها أو غائباً عنها ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد وقال مالك : ان كان الزوج غائبا عنها فالقول قولها ، وان كان حاضراً معها فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الظاهر أنها لا تسلم اليه الا بعد أن تتسلم النفقة وهكذا قال فى الصداق .

ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » والزوجة تنكر القبض فكان القول قولها ؛ ولأنهما زوجان اختلفا فى قبض النفقة فكان القول قولها ، كما لو سلمت نفسها والزوج غائب .

وان سلمت نفسها اليه زماناً ولم ينفق عليها أو أنفق عليها فيه نفقة معسر وادعت أنه كان موسراً فيه ، وادعى أنه كان معسراً ولا بينة لها على يساره ذلك الوقت ، فان عرف له مال قبل ذلك فالقول قولها مع يمينها ؛ لأن الأصل بقاء المال ، وان لم يعرف له مال فالقول قوله مع يمينـه لأن الأصـل عدم اليســار .

فـــرع ان ادعت الزوجة أنها مكنت الزوج من نفسـها وأنكر فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم التمكين .

وان طلق امرأته طلقة رجعية وولدت واتفقا على وقت الطلاق واختلفا فى الولادة فقال الزوج : ولدت بعـد الطلاق فلا رجعـة لى ولا نفقة لك ، وقالت المرأة ولدت قبل الطلاق فلى العدة ولك الرجعة ولى عليك النفقـة فلا رجعة للزوج لأنه أقر بسقوط حقه منها وله أن يتزوج بأختهـا وبأربع سواها ، وعلى الزوجة العدة لأنها مقرة بوجوبها عليها ، وتحلف المرأة أنها

ولدت قبل أن يطلقها وتستحق النفقة لأنهما اختلفا فى وقت ولادتها وهى أعلم بها . ولأنهما اختلفا فى سقوط النفقة والأصل بقاؤها حتى يعلم سقوطها ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب نفقة المعتدة

اذا طلق امرأته بعد الدخول طلاقا رجعيا وجب لها السكنى والنفقة فى العدة لأن الزوجية باقية والتمكين من الاستمتاع موجود ، فان طلقها طلاقا بائنا وجب لها السكنى فى العدة ، حائلا كانت او حاملا ، لقوله عز وجل « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ، ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن » .

واما النفقة فانها ان كانت حائلا لم تجب ، وان كانت حاملا وجبت لقوله عز وجل « وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » فاوجب النفقة مع الحمل ، فدل على انها لا تجب مع عدم الحمل ، وهل تجب النفقة للحمل ؟ او للحامل بسبب الحمل ؟ فيه قولان .

قال فى القديم : تجب للحمل لأنها تجب بوجوده وتسقط بعدمه .

وقال فى الأم : تجب للحامل بسبب الحمل وهو الصحيح ـ لانها لو وجبت للحمل لتقدرت بكفايته ، وذلك فحصل بما دون الد .

فان قلنا تجب للحمل لم تجب الا على من تجب عليه نفقة الولد ، فان كانت الزوجة امة والزوج حرا وجبت نفقتها على مولاها ، لأن الولد مملوك له . وان قلنا : تجب النفقة للحامل وجبت على الزوج ، لأن نفقتها تجب عليه وان كان الزوج عبدا وقلنا : ان النفقة للحامل وجبت عليه . وان قلنا تجب للحمل لم تجب لان العبد لا يلزمه نفقة ولده .

فصل **اذا وجبت النفقة للحمل او للحامل بسبب الحمل ففى وجوب الدفع قولان (احدهما) لا يجب الدفع حتى تضع الحمل لجواز ان يكون ريحا فانفش ، فلا يجب الدفع مع الشك (والثانى) يجب الدفع يوما بيوم ، لأن الظاهر وجود الحمل ، ولأنه جعل كالمتحقق فى منع النكاح وفسخ البيع فى الجارية المبيعة والمنع من الأخذ فى الزكاة ووجوب الدفع فى الدية فجعل

كالمتحقق في دفع النفقة فان دفع اليها ثم بان انه لم يكن بها حمل ــ فان قلنا تجب يوما بيوم ــ فله ان يرجع عليها لأنه دفعها على انها واجبة ، وقد بان أنها لم يجب فثبت له الرجوع . وان قلنا : انها لا تجب الا بالوضع ، فان دفعها بامر الحاكم فله أن يرجع لأنه اذا امره الحاكم لزمه الدفع فثبت له الرجوع وان دفع من غير أمره فان شرط ذلك عن يفقتها ان كانت حاملا فلم أن يرجع لانه دفع عما يجب وقد بان انه لم يجب . وان لم يشرط لم يرجع لأن الظاهر انه متبرع) .

الشرح الأحكام : اذا طلق امرأته بعد الدخول طلاقا رجعيا فانها تستحق على الزوج جميع ما تستحق الزوجة الا بالقسم الى أن تنقضى عدتها؛ وهو اجماع وان كان الطلاق بائنا وجت لها السكنى حائلا كانت او حاملا ، وأما النفقة فان كانت حائلا لم يجب لها وان كانت حاملا وجبت ، وقال ابن عباس وجابر : لا سكنى للبائن وبه قال أحمد وأسحاق ؛ وقال أبو حنيفة تجب النفقة للبائن سواء كانت حاملا أو حائلا .

دليلنا قوله تعالى : « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ، وان كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » فأوجب السكنى للمطلقات بكل حال ، وأوجب لهن النفقة بشرط ان كن أولات حمل ، فدل على أنهن اذا لم يكن أولات حمل لا نفقة لهن .

وروى أن فاطمة بنت قيس طلقها زوجها ثلاثا وهو غائب بالشام فجعل اليها وكيله كفا من شعير فسخطته ؛ فقال لها لا نفقة لك الا أن تكونى حاملا ، انما هو متطوع عليك ، فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك فقال لها : لا نفقة لك الا أن تكونى حاملا ، واعتدى عند أم شريك .

اذا ثبت هذا فهل تجب النفقة للحمل أو للحامل لأجل الحمل ؟ فيه قولان : (أحدهما) أنها تجب للحمل لأنها تجب عليه بوجوده ولا تجب عليه مع عدمه فدل على أنها تجب له .

(والثانى) أنها تجب للحامل لأجل الحمل وهو الأصح ؛ لأنه تجب عليه نفقة الزوجة مقدرة ؛ ولو وجبت للحمل لتقدرت بقدر كفايته كنفقة الأقارب ، والجنين يكتفى بدون المد .

وان تزوج الحر أمة فطلقها طلاقا بائنا وهى حامل ؛ فان قلنا : ان النفقة تجب للحمل لم تجب عليه النفقة لأن ولده منهـا مملوك لسيدها ، ونفقـة المملوك على سيده ٠ وان قلنا : ان النفقة للحامل وجب على الزوج نفقتها ، وان تزوج العبد بحرة أو أمة فأبانها وهى حامل ـ فان قلنا : ان النفقـة للحمل ـ لم تجب عليه النفقـة ؛ لأن ولده من الأمة مملوك لسـيد الأمة ، وولده من الحرة لا تجب عليه نفقته لأن العبد لا تجب عليه نفقة ولده ولا والده ، وان قلنا : ان النفقة للحامل وجبت عليه النفقة ٠ وان كان الحمـل غنيا وقلنا : ان النفقة للحمل فهل تجب على أبيه ؟ فيه وجهان حكاهما القاضى فى كتاب الخناثى ٠

قال الشاشى من أصحابنا : ويصح ابراء الزوجة عنها على القولين ٠

وان طلق امرأة طلاقا بائنـا وهى حامل فارتدت الزوجة فقـد قال ابن الحداد : تسقط نفقتها ، فمن أصحابنا من وافقه وقال تسقط نفقتهـا قولا واحداً لأنها تتعلق بمصلحتها وهى المستحقة لها فسقطت بردتها ٠

ومنهم من خالفه وقال : اذا قلنا : ان النفقة للحامل سقطت ردتها ؛ وان قلنا : ان النفقة للحمل فلا تسقط بردتها لأن الحمل محكوم باسـلامه فلا يسقط حقه بردتها وان أسلمت الزوجة وتخلف الزوج فى الشرك فعليه نفقتها الى أن تنقضى عدتها حائلا كانت أو حاملا ، فمن أصحابنا من وافقه ومنهم من خالفه وقال : هذا اذا قلنا : ان النفقة للحامل ٠ فأما اذا قلنا : ان النفقة للحمل وجبت له النفقة ؛ لأنه محكوم باسلامه ٠

وان مات الزوج قبل وضـع الحمل وخلف أبا فقـد قال أبو اسحاق المروزى : تسقط النفقة لأنه محكوم باسلامه ، وان مات الزوج قبل وضع الحمل وخلف أبا فقد قال أبو حامد : اذا قلنـا : ان النفقـة تجب للحمل أوجبت على جده ؛ لأنه تجب عليه نفقة ولده ٠

مسـألة اذا طلق امرأته وهى حامل فهل يجب عليه أن يدفع اليها النفقة يوما بيوم أو لا يجب عليه الدفع حتى تضع ؟ فيه قولان (أحدهما)

لا يجب عليه دفع النفقة حتى تضـع ، فاذا وضعت الولد وجب عليـه دفع نفقتها لما مضى لأنه لا يجب عليه الدفع بالشك والحمل غير متحقق الوجود قبل الوضع ، بل يجوز أن يكون ريحا فينفش •

(والقول الثانى) : انه يجب عليه أن يدفع اليها نفقـة يوم بيوم وهو الأصح ، لقوله تعـالى « وان كن أولات حمـل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » فأمرنا بالانفاق عليهن حتى يضعن حملهن ، وهـذا يقتضى وجوب الدفع ، ولأن الحمـل أمارات وعلامات ، فاذا وجـدت تعلق الحكم بهـا فى وجوب دفع النفقة ، كما تعلق الحكم بها فى منع أخذ الحمل فى الزكاة ، وفى جواز رد الجارية المبيعة ، وفى منع وطء الجارية المسبية والمشتراة وفى جواز أخذ الخلفة فى الدية •

فاذا قلنا : لا يجب الدفع حتى تضع لم تحتج الى علامة وأمارة بل تعتد ، فاذا وضعت ولداً يجوز أن يكون منه لزمه أن يدفع اليها النفقـة من حين الطلاق الى حين الوضع ، فان ادعت أنها وضعت وصدقها فلا كلام • وان كذبها فعليها أن تقيم البينة على الوضـع شاهدين أو شاهداً وامرأتين أو أربع نسوة ، لأنه يمكنها اقامة البينة على ذلك •

وان قلنا : يجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم بيوم فادعت أنها حامل فان صدقها الزوج وجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم من وقت الطلاق الى حين الحكم بقولهن انها حامل دفعة واحدة ، ووجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم بيوم من حين الحكم بقولهن الى حين الوضع •

ولو سألته أن يحلف لها ما يعلم أنها حامل ، فالذى يقتضى المذهب أنه يلزمه أن يحلف لجواز أن يخاف من اليمين فيقر أنهـا حامل أو ينكل عن اليمين فيرد عليها فاذا حلفت وجب عليه الدفع ، لأن يمينها مع نكوله كاقراره فى أحد القولين ، وكبينة يقيمها فى القول الآخر ، والجميع يجب به الدفع •

فـــرع فان طلقها طلاقا بائنا فقال القوابل : ان بها حملا فأنفق عليها فبان أنه لا حمل بها ، أو ولدت ولداً لا يجوز أن يكون منه ــ فان قلنا :

انه يجب عليه أن يدفع اليها نفقة كل يوم بيوم كان له أن يرجع عليها بما دفع اليها من النفقة سواء دفعه بأمر الحاكم أو بغير أمره ، وسواء شرط أنه نفقة أو أطلق ؛ لأنه دفع اليها النفقة على أنها واجبة عليه ؛ وقد بان أنه لا نفقة عليه لها .

وان قلنا : انه لا يجب عليه الدفع الا بعد الوضع نظرت ــ فان كان قد دفع اليها بحكم الحاكم ــ كان له الرجوع ، لأن الحاكم أوجب عليه الدفع وقد بان أنها لم تكن واجبة عليه ، وان دفعها بغير حكم الحاكم ؛ فان كان قد شرط أن ذلك عن نفقتها ان كانت حاملا ، فله أن يرجع عليها لأنه بان أنها ليست بحامل ولا نفقة عليه ، وان دفعها من غير شرط لم يرجع عليها بشيء ، لأن الظاهر أنه تطوع بالإنفاق عليها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل **فان تزوج امراة ودخل بها ثم انفسخ النكاح برضاع او عيب ، وجب لها السكنى فى العدة ، واما النفقة فانهـا ان كانت حائلا ــ لم تجب وان كانت حاملا وجبت ، لانها معتدة عن فرقة فى حال الحياة ، فـكان حكمها فى النفقة والسكنى ما ذكرناه كالمطلقة .**

وان لاعنها بعد الدخول ــ فان لم ينف الحمل ــ وجبت النفقة ، وان نفى الحمل لم تجب النفقة ، لأن النفقة تجب فى احد القولين للحمل . والثـــانى تجب لها بسبب الحمل والحمل منتف عنه فلم تجب بسببه نفقة . وأما السكنى ففيها وجهان (احدهما) تجب لانها معتدة عن فرقة فى حال الحياة ، فوجب لها السكنى كالمطلقة (والثانى) لا تجب لما روى ابن عباس رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى ان لا تثبت لها » من اجل أنهما يفترقان من غير طلاق ولا متوفى عنها زوجها ، ولأنها لم تحصن ماءه فلم يلزمه سكناها) .

الشرح حديث ابن عباس رواه البزار « أن رجلا طلق امرأته فجاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « لا نفقة لك ولا سكنى » .

قال الهيثمى فى مجمع الزوائد : وفيه ابراهيم بن اسماعيل بن أبى حبيبة وهو متروك .

أما الأحكام فقد قال الشافعي : وان كان يملك رجعتها فلم تعتد بثلاث حيض أو كان حيضها مختلفا فيطول ويقصر لم أجعل لها الا الأقصر • ا هـ •

واختلف أصحابنا في تأويلها ، فقال أبو اسحاق تأويلهـا هو أن يطلق امرأته طلاقا رجعيا فأنفق عليها وظهر بها حمل في العدة ، ووضعت لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ـ فان قلنا : انه يلحقه ـ فعليه نفقتها الى ان وضعت فلا كلام • وان قلنا : انه لا يلحقه وينتفي عنه بغير لعان فانها لا تكون معتدة به ولا نفقة عليه لهـا مدة حملها ، وانما عدتها بالأقراء وتسأل من أين الحمل ؟ فان قالت هو من غيره بشبهة أو زنا قلنا لها أي وقت حملت به ؟ فان قالت بعد انقضاء عدتي بالأقراء على الأول فعلى الأول نفقتها مدة عدتها بالأقراء لا غير ، وان قالت حملت به بعد أن مضى من عدته قرءان كان على الزوج نفقتها مدة عدتها في القرءين قبل الحمل ؛ ومدة عدتها بالقرء الثـالث بعد الحمل •

وان قالت هذا الولد من هذا الزوج وطئني في عدتي ، أو راجعني ثم وطئني فان أنكرها حلف ؛ لأن الأصل عدم ذلك ؛ فاذا حلف بطل أن تعتـد بالحمل منه وقلنا له : فسر أنت كيف اعتدت منك ، فان قال حملت به قبل أن يمضي لها شيء من الأقراء فانها تعتد بثلاثة أقراء عنه بعد الوضع ولها عليه نفقة ذلك الوقت • وان قال انقضت عدتها مني بالأقراء ثم حملت به بعـد ذلك فقد اعترف أنها اعتدت عنه بالأقراء ، فان كان حيضها لا يختلف فان نفقة مدة ثلاثة أقراء ، وان كان حيضها يختلف فتارة تمضي أقراء في سـنة وتارة في ستة أشهر وتارة في ثلاثة أشهر واختلفا في عدتها كان لها نفقة ثلاثة أشهر لأنه اليقين •

ومن أصحابنا من قال : تأويلها أن يطلقها طلاقا رجعيا ، وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق وقلنا : لا يلحقه ـ فان عدتها بالأقراء عنه ، فيرجع اليها كيف الاعتداد منها بالأقراء ، فاذا ذكرته ـ فان كان حيضـها لا يختلف كانت لها نفقة ثلاثة أقراء ، وان كان يختلف فيطول ويقصر لم يكن لها الا نفقة الأقصر لأنه اليقين • وبهذا قال أحمد •

ومن أصحابنا من قال : تأويلها اذا طلقها طلاقا رجعيا وحكمنا لها بالنفقة وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الطلاق ــ وقلنا : لا يلحقه وكانت تحيض على الحمل . وقلنا : انه حيض ــ فانها تعتد عنه بالأقراء الموجودة على الحمل ، فان كان حيضها لا يختلف فلها نفقة ثلاثة أقراء . وان كان يختلف لم يكن لها الا نفقة الأقصر لأنه اليقين .

قال العمراني فى البيان : وهذا ضعيف جداً وعلل ذلك بأنها على هـذا القول يكون لها نفقة الأقراء على الحمل طالت أو قصرت .

ومن أصحابنا من قال : تأويلها اذا طلقها طلاقا رجعيا فذكرت أن حيضها ارتفع بغير عارض ، فانها تتربص على ما مضى ، فاذا زعمت أن حيضها ارتفع بغير عارض فقد اعترفت تحقيق حق لها وهو العدة والرجعة فيقبل قولها فيه ، وحق لها وهو النفقة فلا يقبل قولها فيه بل يجعل لها نفقة الأقصر لأنه اليقين والتأويل الأول أصح .

فأما اذا طلقها طلاقا فظهر بها أمارات الحمل فأنفق عليها ثم بان أنه لم يكن حملا وانما كان ريحا فانفش فانه يسترجع نفقة ما زاد على ثلاثة أقراء ، فيقال لها : كم كانت مدة أقرائك ــ فان أخبرت بذلك ــ كان القول قولها مع يمينها .

وان قالت : لا أعلم فى كم انقضت عدتى الا أن عادتى فى الحيض كذا وعادتى فى الطهر كذا حسبنا ذلك ورجع الزوج بنفقة ما بعد ذلك .

وان قالت : حيضى يختلف ولا أعلم قدر الثلاثة الاقراء نظرنا الى أقل ما تذكره من الحيض والطهر فحسبنا لها ثلاثة أقراء ورجع عليها بما زاد على ذلك وان قالت لا أعلم قدر حيضى وطهرى ، فحكى ابن الصباغ أن الشافعى قال : جعلنا الأقراء ثلاثة أشهر لأن ذلك هو الغالب فى النساء ورجع بالباقى .

فـــرع قال أبو اسحاق المروزى : ولا يجب للبائن الكسوة ، وان وجبت لها النفقة ، والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان نكح امرأة نكاحاً فاسداً ودخل بها وفرق بينهما لم تجب لها السكنى ، لأنهـا اذا لم تجب مع قيـام الفـراش واجتماعهـما على النكاح ، فلأن لا تجب مع زوال الفراش والافتراق أولى ، وأما النفقة فانها ان كانت حائلا لم تجب لانها اذا لم تجب فى العدة عن نكاح صحيح فلأن لا تجب فى العدة عن النكاح الفاسد أولى وان كانت حاملا فعلى القولين ، ان قلنا : ان النفقة للحامل لم تجب ، لأن حرمتها فى النكاح الفاسد غير كاملة ، وان قلنا : انهـا تجب الحمل وجبت ، لأن الحمل فى النكاح الفاسد كالحمل الفاسد فى النـكاح الصحيح .

فصـــل وأن كانت الزوجة معتدة عن الوفاء لم تجب لها النفقة ، لأن النفقة انما تجب للمتمكن من الاستمتاع ، وقد زال التمكين بالموت أو بسبب الحمل ، والميت لا يستحق عليه حق لاجل الولد ، وهل تجب لها السكنى ؟ فيه قولان : (احدهما) لا تجب ، وهو اختيار المزنى ، لانه حق يجب يوماً بيوم فلم تجب فى عدة الوفاة كالنفقة .

(والثانى) تجب لما روت فريعة بنت مالك أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اعتدى فى البيت الذى اتاك فيه وفاة زوجك ، حتى يبلغ الكتاب أجـله اربعة أشهر وعشراً » ولأنها معتدة عن نكاح صـــحيح فوجب لها السـكنى كالمطلقة) .

الشرح حديث فريعة بنت مالك مضى فى العدد تخريجه . قال ابن عبد البر فى الاستيعاب : فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبى سعيد الخدرى « كان يقال لها الفارعة شهدت بيعة الرضوان ، وأمها أم حبيبة بنت عبد الله ابن أبى بن سلول . روت عن الفريعة هذه زينب بنت كعب بن عجرة حديثها فى سكنى المتوفى عنها زوجها فى بيتهـا حتى يبلغ الكتاب أجله . استعمله أكثر فقهاء الامصار . ا هـ .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وكل ما وصفنا من متعة أو نفقة أو سكنى فليست الا فى نكاح صحيح .

وجملة ذلك أنه اذا تزوج امرأة تزويجاً فاسداً ، كالنكاح بلا ولى ولا

شهود أو فى عدتها فانه يفرق بينهما ، فان كان قبل الدخول فانه لا يتعلق بالنكاح حكم وان كان بعد الدخول فلها مهر المثل ؛ وعليها العدة ولا سكنى لها ؛ لأن السكنى تجب عن نكاح صحيح ولا نكاح ههنا .

وأما النفقة فان كانت حائلا فلا نفقة لها ، لأنه اذا لم تجب النفقة للبائن الحائل فى النكاح الصحيح فلأن لا تجب لها فى النكاح الفاسد أولى وان كانت حاملا — فان قلنا ان النفقة تجب للحامل — لم تجب لها ههنا نفقة لأن النفقة انما تجب عن نكاح صحيح له حرمة : وهذا النكاح لا حرمة له . وان قلنا : ان النفقة للحمل وجب لها النفقة ؛ لأن هذا الولد لاحق به ، فهو كما لو حملت منه فى نكاح صحيح .

وأما اذا وقع النكاح صحيحاً ثم انفسخ برضاع أو عيب بعد الدخول فانه يجب عليها العدة . قال الشيخ أبو اسحاق هنا : ويجب لها السكنى فى العدة .

وأما النفقة — فان كانت حائلا — لم تجب وان كانت حاملا وجبت لأنها معتدة عن فرقة فى حال الحياة ؛ فكان حكمها ما ذكرناه كالطلاق ؛ وقال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : حكمها فى السكنى والنفقة حكم النكاح الفاسد ؛ لأن حكم النكاح الذى ينفسخ بعد الدخول حكم النكاح الذى يقع فاسداً .

فــرع وان قذف امرأته وهى حامل ونفى حملها فلاعنها انفسخ النكاح بينهما فاعتدت بوضع الحمل ولا نفقة لها فى حال العدة ؛ لأن النفقة للحمل فى أحد القولين ولها لأجل الزوجية فى الثانى والحمل غير لاحق به فلم تجب لها النفقة ، وهل تجب لها السكنى ؟ .

حكى القاضى أبو الطيب والشيخ أبو اسحاق هنا فيه وجهين (أحدهما) لا يجب لها السكنى لما روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ولا يجتمعان أبداً ولا نفقة لها ولا بيت لأنهما يفترقان بغير طلاق (والثانى) أن لها السكنى . قال ابن الصباغ ولم يذكر

الشيخ أبو حامد غيره ، لأنها معتدة عن فرقة فى حال الحياة فهى كالمطلقة ٠ قال ابن الصباغ : وقد ذكرنا فيما مضى أن الفسخ الطارىء بمنزلة النكاح الفاسد ، وهذا فسخ ، وايجاب السكنى يناقضه ، غير أنه يتعلق بقول الزوج ، فجرى مجرى قطع النكاح بغير الطلاق ٠

وكما قلنا فى الخلع اذا قلنا انه فسخ ٠ وان لاعنها ولم ينف الحمل قال الشيخ أبو اسحاق هنا وجبت لها النفقة ٠ وان أبان زوجته بالثلاث وبالخلع وظهر بها حمل فنفاه ـ وقلنا يصح لعانه قبل الوضع فلاعن ـ سقطت عنه النفقة ، وهل يسقط عنه السكنى ـ ان قلنا للملاعنة السكنى فى التى قبلها ـ فههنا أولى ٠ وان قلنا فى التى قبلها : لا سكنى لها قال القاضى أبو الطيب : احتمل هنا وجهين : (أحدهما) لها سكنى لأنها اعتدت عن الطلاق (والثانى) لا سكنى لها لأن نفقتها سقطت لأجل اللعان فكذلك السكنى ، فان أكذب الزوج بعد اللعان لحقه نسب الولد وكان عليه النفقة لها لما مضى والى أن تضع ٠

فان قيل فهلا قلتم انه لا نفقة لها لما مضى على القول الذى يقول ان النفقة للحمل ، لأن نفقة الأقارب تسقط بمضى الزمان ؟

قلنا انما نقول ذلك اذا كان القريب هو المستوفى لنفقته ، وههنا المستوفى لها هى الزوجة فصارت كنفقة الزوجة ، فلا تسقط بمضى الزمان ٠

وأما المعتدة المتوفى عنها زوجها فلا يجب لها النفقة حائلا كانت أو حاملا ، وبه قال ابن عباس وجابر ٠ وروى أنهما قالا : لا نفقة لها ، حسبها الميراث ٠ وذهب بعض الصحابة الى أنها اذا كانت حاملا فلها النفقة ٠ وعند أحمد أن المعتدة من الوفاة ان كانت حائلا فلا نفقة لها ولا سكنى ٠ وان كانت حاملا ففيها روايتان (احداهما) لها السكنى والنفقة لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة فى الحياة ٠

(والثانية) لا سكنى لها ولا نفقة لأن المال قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكناها انما هو للحمل أو من أجله ولا يلزم ذلك الورثة ، لأنه ان كان

للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه ؛ وان لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الانفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة .

قال القاضي وهذه الرواية أصح عند ابن قدامة وغيره .

ودليلنا أنه لا يخلو اما أن يقال هذه النفقة للحامل أو للحمل فبطل أن يقال انها للحامل لأنها لا تستحق النفقة اذا كانت حائلا ، وبطل أن يقال انها للحمل لأن الميت لا يستحق عليه نفقة الأقارب فلم تجب ، وهل تجب لها السكنى ؟ فيه قولان مضى بيانهما فى العدد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا حبست زوجة المفقود اربع سنين فلها النفقة لانها محبوسة عليه فى بيته ، فان طلبت الفرقة بعد اربع سنين ففرق الحاكم بينهما ، فان قلنا بقوله القديم أن التفريق صحيح فهى كالمتوفى عنها زوجها لانها معتدة عن وفاة فلا تجب لها النفقة ، وفى السكنى قولان ، فان رجع الزوج فان قلنا : تسلم اليه عادت الى نفقته فى المستقبل ، وان قلنا : لا تسلم اليه لم يكن لها عليه نفقة ، فان قلنا بقوله الجديد وان التفريق باطل . فلها النفقة من مدة التربص ومدة العدة لانها محبوسة عليه فى بيته ، وان تزوجت سقطت نفقتها لانها صارت كالناشزة ، وان لم يرجع الزوج ورجعت الى بيتها وقعدت فيه ــ فان قلنا بقوله القديم ــ لم تعد النفقة ، وان قلنا بقوله الجديد ، فهل تعود نفقتها بعودها الى البيت ؟ فيه وجهان .

(احدهما) تعود لانها سقطت بنشوزها ، فعادت بعودها .

(والثانى) لا تعود لان التسليم الاول قد بطل فلا تعود الا بتسليم مستأنف كما ان الوديعة اذا تعدى فيها ثم ردها الى المكان لم تعد الامانة . ومن اصحابنا من قال : ان كان الحاكم فرق بينهما وامرها بالاعتداد ، واعتدت وفارقت البيت . ثم عادت اليه لم تعد نفقتها لان التسليم الاول قد بطل لحكم الحاكم . وان كانت تربصت فاعتدت ثم فارقت البيت ثم عادت اليه عادت النفقة لان التسليم الاول لم يبطل من غير حكم الحاكم . والله اعلم .

الشرح الأحكام : اذا غاب الرجل عن امرأته وهى فى مسكنه الذى

أسكنها فيه وانقطع خبره عيها ؛ فان اختارت المقام على حالتها فالنفقة واجبة على الزوج لأنها مسلمة لنفسها ، وان رفعت الأمر الى الحاكم وأمرها بالتربص آربع سنين فلها النفقة على زوجها ؛ لأن النفقة انما تسقط بالنشوز أو بالبينونة ولم يوجد واحد منهما ؛ فان حكم الحاكم بالفرقة بينهما بعد أربع سنين واعتدت أربعة أشهر وعشراً ، فان قلنا بقوله القديم وأن الفرقة قد وقعت ظاهراً وباطناً ؛ أو ظاهرة فانها كالمعتدة عن الوفاة فلا يجب لها النفقة فيها ؛ وهل يجب السكنى ؟ فيه قولان ؛ فان رجع زوجها ؛ فان قلنا : أن الفرقة وقعت ظاهراً وباطناً فهى أجنبية منه ولا تجب لها عليه نفقة ولا سكنى . وان قلنا : ان الفرقة وقعت فى الظاهر دون الباطن ردت اليه ووجبت لها النفقة من حين ردت اليه . وان قلنا بقوله وأن حكم الحاكم لا ينفذ ، فانها ما لم تتزوج فنفقتها على الأول لأنها محبوسة عليه ؛ وانما تعتقد هى أن الفرقة قد وقعت وهذا الاعتقاد لا يؤثر فى سقوط نفقتها ، فان تزوجت بعد أربعة أشهر وعشر سقطت نفقتها عن الأول لأنها كالناشزة عن الأول فسقطت نفقتها عنه ، فان دخل الثانى بها وفرق بينهما فعليها أن تعتد عنه ولا نفقة لها على الأول لأنها معتدة عن الثانى ، فان رجعت الى منزل الأول بعد انقضاء عدة الثانى أو قبل أن يدخل بها الثانى ، فهل تستحق النفقة على الأول ؟

قال الشافعى فى المختصر : لا نفقة لها فى حال الزوجية ولا فى حال العدة وهذا يقتضى أن لها النفقة بعد انقضاء العدة .

وقال فى الأم : لا نفقة لها فى حال الزوجية ولا فى حال العدة ولا بعدها . واختلف أصحابنا فيها على طريقين . قال العمرانى من أصحابنا من قال : فيها قولان وحكاهما الشيخ أبو اسحاق (يعنى الشيرازى) وجهين :

(أحدهما) تجب لها النفقة من حين عادت الى منزله ، لأن النفقة سقطت بنشوزها وقد زال النشوز فعادت نفقتها .

(والثانى) لا يجب لها النفقة لأن التسليم الأول قد سقط بنشوزها فلم

تعد الا بتسليم ثان ، وليس ههنا من يتسلمها ، فعلى هذا الطريق اذا خرجت امرأة الحاضر من منزلها ناشزة ثم عادت اليه ، فهل تعود نفقتها من غير أن يتسلمها الزوج ؟ فيه وجهان بناء على هذين الوجهين •

ومن أصحابنا من قال : ليست على قولين ؛ وانما هى على اختلاف حالين فالموضع الذى دل عليه مفهوم كلامه أن النفقة لها ؛ أراد اذا تزوجت بالثانى من غير أن يحكم لها الحاكم بالفرقة فاذا عادت الى منزل الزوج عادت نفقتها ، لأن نفقتها سقطت بأمر ضعيف وهو نشوزها فعادت برجوعها ، وحيث قال فى الأم : لا نفقة لها ، أراد اذا حكم لها الحاكم بالفرقة وتزوجت بآخر ؛ لأن نفقتها سقطت بأمر قوي وهو حكم الحاكم فلا تعود الا بأمر قوى ؛ وهو أن يتسلمها الزوج ، فعلى هذا الطريق اذا نشزت امرأة الحاضر من منزلها وعادت اليه وجبت لها النفقة ، وان لم يتسلمها الزوج •

وأما وجوب نفقتها على الثانى ، فان قلنا بقوله القديم ، فان التفريق صحيح فانها تستحق عليه النفقة بنفس العقد فى قوله القديم ، ونفقة كل يوم بيومه فى قوله الجديد لأن نكاحه صحيح •

وان قلنا بقوله الجديد وان التفريق غير صحيح فانها لا تستحق عليه النفقة ولا السكنى فى حال الزوجية ؛ لأنه لا زوجية بينهما فاذا فرق بينهما بعد الدخول فلا سكنى لها فى حال العدة • وأما النفقة فان كانت حائلا لم تجب لها ؛ وان كانت حاملا ــ فان قلنا النفقة للحمل ــ وجبت ؛ وان قلنا : للحامل لم تجب •

فــرع اذا تربصت امرأة المفقود وتزوجت بآخر بعد انقضاء عدتها فرجع الأول ــ فان قلنا بقوله الجديد ــ لا تقع الفرقة • أو قلنا تقع الفرقة فى الظاهر دون الباطن فأتت بولد يمكن أن يكون من الثانى ولا يمكن أن يكون من الأول فان عدتها تنقضى من الثانى بوضعه ، وترد الى الأول بعد وضع الولد •

وان أتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما ــ فان قلنا بقوله

القديم وأن الفرقة تقع ظاهراً وباطنا فالولد للثانى • وان قلنا بقوله الجديد وقلنا الفرقة تقع فى الظاهر دون البـاطن ، فان لم يدعه الأول فهو للثانى ، لأنها قد استبرأت رحمها يقينا عن الأول • وان ادعاه الأول سئل عن وجه دعواه ، فان قال هذا الولد منى لأنها زوجتى وغبت عنها والزوجية لم تنقطع فهو ولدى ، لأنها أتت به على فراشى ؛ لم يلتفت الى هـذه الدعوى ولحق بالثانى ؛ لأنا قد تيقنا براءة رحمها من ماء الأول فلا يمكن أن يكون منه •

وان قال : كنت عدت اليها فى الخفية ووطئتها وهذا الولد منى وأمكن أن يكون صادقاً عرض الولد على القافة ، فاذا ألحقوه بأحدهما لحقه ، وكل موضع ألحق الولد بالثانى ؛ فليس للزوج الأول أن يمنعها من أن تسـقيه اللبأ لأنه لا يعيش الا بذلك ، فاذا سقته اللبا ــ فان لم توجد امرأة ترضعه وتكفله ــ لم يكن له منعها من ذلك لأن ذلك يؤدى الى اتلافه ؛ وان وجد له امرأة ترضعه وتكفله كان له منعها لأنها متطوعة بارضاعه ؛ وللزوج منع زوجته من فعل التطوع كالصلاة والصوم فلأن يمنعها من الرضاع أولى •

فان أرضعته فى موضع منعناها من ارضاعه فيه ، فان أرضعته فى بيت زوجها فلها النفقة عليه ، لأنها فى قبضته • وان أخرجت من منزله الى غيره بغير اذنه وأرضعته سقطت نفقتها لأنها ناشزة ، وان خرجت الى غيره باذن زوجها وأرضعته ــ فان كان زوجها معها لم تسقط نفقتها ــ وان لم يكن معها ففيه وجهان بناء على القولين فى السفر باذنه •

فـــرع وان تربصت امرأة المفقود وفرق الحاكم بينهما وتزوجت بآخر بعد انقضاء عدتها ، ودخل بها ثم مات الثانى ، وبان أن زوجها الأول كان حياً عند نكاحها للثـانى وأن الأول مات بعد ذلك ــ فان قلنـا بقوله القديم ، وان الحكم بالفرقة صحيح ظاهراً وباطناً ــ فقد بانت من الأول ؛ ونكاح الثانى صحيح ، وقد بانت عنه بموته واعتدت عنه ، ولا تأثير لحياة الأول ؛ وان قلنا بقوله الجديد ان الحكم بالفرقة لا يصح أو قلنا تقع الفرقة فى الظاهر دون الباطن ، فعلى هذا نكاح الثانى باطل وعليها العـدة بموت الأول أربعة أشهر وعشراً ، وعليها عدة وطء الشـبهة للثانى ثلاثة أقراء ،

ولا يصح أن تعتد من أحدهما الا بعد أن يفرق بينها وبين الثانى ؛ وفيه ثلاث مسائل •

(احداهن) أن يعلم موت كل واحد من الزوجين فى وقت بعينه ، ويعلم غير ذلك الزوج •

(الثانية) أن يعلم أن أحدهما مات فى وقت بعينه ولم يعلم وقت موت الآخر •

(الثالثة) أن لا يعلم موت كل واحد منهما بعينه •

(فأما الأولة) وهو اذا علم موت كل واحد منهما فى وقت بعينه ففيه مسألتان احداهما أن يعلم أن الأول مات فى أول شهر رمضان ، والثانى مات فى أول شوال فيجب عليها أن تعتد ههنا عن الأول أربعة أشهر وعشراً ، وابتداؤها من أول شوال بعد زوال فراش الثانى ؛ لأنه لا يمكن أن تكون فراشاً للثانى معتدة عن الأول ، فاذا انقضت عدتها عن الأول اعتدت عن الثانى بثلاثة أقراء لأن عدة الأول أسبق فقدمت ؛ ولأنها أقوى لأنها وجبت بسبب مباح والثانية وجبت بسبب محظور •

وان مات الثانى فى أول رمضان والأول فى أول شوال ؛ فان الثانى لما مات شرعت فى عدته ، وان كانت زوجة الأول ؛ لأن النكاح يتأبد فراشه فلا يمكن قطعه لأجل العدة ، بخلاف الفراش فى النكاح الثانى فانه لا يتأبد، فلذلك وجب قطعه للعدة ولم تصح العدة مع وجوده ؛ فان مات الأول فى أثناء عدة الثانى انتقلت الى عدة الأول لأنها آكد ، فاذا أكملت عدة الأول أربعة أشهر وعشراً أكملت عدة الثانى بالأقراء •

(المسألة الثانية) أن يعلم أن أحدهما مات فى وقت بعينه ولم يعلم وقت موت الآخر : مثل أن يعلم أن الثانى مات فى أول شوال ، ثم جاء الخبر أن الأول حى فى بلد كذا ومات فلم يعلم وقت موته ، فانه يقال أقل وقت يمكن أن يصل فيه الخبر من الموضع الذى كان فيه كم هو ؟

فان قيل مثلا عشرة أيام ، جعل فى التقدير كأنه مات قبل مجىء خبره بعشرة أيام فان وافق ذلك وقت موت الثانى بأن كان الخبر ورد لعشر خلون من شوال فقد اتفق موتهما فى وقت واحد ، فتعتد عن الأول بأربعة أشـهر وعشر ، وتعتد بعد ذلك عن الثانى بثلاثة أقراء . وان تقدم موت الثانى أو تأخر عنه فالحكم فيه على ما ذكرناه فى المسألة الأولى .

(المسألة الثالثة) أن لا يعلم وقت موت كل واحد منهما بعينه ، مثل أن يعلم أن أحدهما مات فى أول شهر رمضـان ، والآخر مات فى أول شـوال ولا يعلم أيهما مات أولا ، فيجب عليها بيقين ، هذا اذا لم تحبل من الثانى ، فاذا حبلت من الثانى ثم ظهر موت الأول فان الولد لاحق بالثانى ؛ لأنها قد اعتدت عن الأول واستبرأت رحمها منه . وقد مات الأول قبل أن يدعيه فلم يلحق به ، فتعتد بوضع الحمل عن الثانى ؛ فاذا وضعته اعتدت عن الأول بأربعة أشهر وعشر ، ومتى تبتدىء بها ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) من حين انقطاع دم النفاس ؛ لأن دم النفاس تابع للحمل من الأول فهو كمدة الحمل .

(والثانى) وهو المذهب أن ابتداءها من بعد وضع الحمل ، لأن هذا عدة من وفاة ، وعدة الوفاة لا يراعى فيها الدم وزواله ؛ ولأن وقت دم النفـاس ليس من عدة الثانى فاحتسب به من عدة الأول والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب نفقة الأقارب والرقيق والبهائم)

والقرابة التى تستحق بها النفقة قرابة الوالدين وان علوا ، وقرابة الأولاد وان سفلوا ، فتجب على الولد نفقة الأب والأم ، والدليل عليه قوله تعـالى « وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا » ومن الاحسان ان ينفق عليهما . وروت عائشة رضى الله عنها ان النبى صلى الله عليه وسـلم قال : « ان اطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وان ولده من كسبه » ويجب عليه نفقة الأجداد والجدات ، لأن اسم الوالدين يقع على الجميع . والدليل عليه قوله

تعالى : « ملة أبيكم ابراهيم » فسمى الله تعالى ابراهيم ابا وهو جد ، ولأن الجد كالاب ، والجدة كالأم فى احكام الولادة ، من رد الشهادة وغيرها . وكذلك فى ايجاب النفقه . ويجب على الأب نفقة الولد لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « ان رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم قال : يا رسول الله عندى دينار فقال : انفقه على نفسك . قال عندى آخر فقال : انفقه على ولدك ، قال: عندى آخر . قال انفقه على اهلك . قال : عندى آخر ، قال : انفقه على خادمك . قال : عندى آخر . قال : انت أعلم به » ويجب عليه نفقة ولد الولد وان سفل ، لأن اسم الولد يقع عليه ، والدليل عليه قوله عز وجل « يا بنى آدم » وتجب على الأم نفقة الولد لقوله تعالى « لا تضار والدة بولدها » ولانه اذا وجبت على الأب وولادته من جهة الظاهر فلأن تجب على الأم وولادتها من جهة القطع اولى ، وتجب عليها نفقة ولد الولد لما ذكرناه فى الأب ، ولا تجب نفقة من عدا الوالدين والمولودين من الأقارب كالاخوة والأعمام وغيرهما ، لأن الشرع ورد بايجاب نفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم فى الولادة واحكام الولادة ، فلم يلحق بهم فى وجوب النفقة) .

الشرح نبدأ بأشرف ما فى الفصل من كلام ربنا تبارك وتعالى ، فقوله تعالى « وقضى ربك أن لا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا » أى أمر وألزم وأوجب . قال ابن عباس والحسن وقتادة : ليس هذا قضاء حكم بل هو قضاء أمر . وقال ابن تيمية : القضاء قضاءان : قضاء كونى وقضاء شرعى ، والقضاء الشرعى كقوله تعالى « وقضى ربك » وفى مصحف ابن مسعود « ووصى » وهى قراءة وقرأه ابن عباس وأبى .

قال ابن عباس انما هو « ووصى » فالتصقت احدى الواوين فقرئت « وقضى » اذ لو كان على القضاء ما عصى الله أحد . وأنكر أبو حاتم أن يكون ابن عباس قال ذلك وقال : لو قلنا ذلك لطعن الزنادقة فى مصحفنا .

قلت : بخ بخ لأبى حاتم ، اذ كيف تلتصق الواو فى جميع المصاحف بالصاد فتتحول من ووصى الى وقضى .

قال علماء الكلام : القضاء يستعمل فى اللغة على وجوه ، فالقضاء بمعنى الأمر كقوله تعالى « وقضى ربك ألا تعبدوا الا اياه » والقضاء بمعنى الخلق كقوله تعالى « فقضاهن سبع سموات فى يومين » والقضاء بمعنى الحكم

كقوله تعالى « فاقض ما أنت قاض » والقضاء بمعنى الفراغ كقوله تعالى « قضى الأمر الذى فيه تستفتيان » وقوله تعالى « فاذا قضيتم مناسككم » وقوله « فاذا قضيت الصلاة » والقضاء بمعنى الارادة : كقوله تعالى « اذا قضى أمراً فانما يقول له كن فيكون » والقضاء بمعنى القول كقوله تعالى « وما كنت بجانب الغربى اذ قضينا الى موسى الأمر » .

وأما قوله تعالى « ملة أبيكم ابراهيم » قال القرطبى : وابراهيم هو أبو العرب قاطبة . وقيل الخطاب لجميع المسلمين وان لم يكن الكل من ولده ؛ لأن حرمة ابراهيم على المسلمين كحرمة الوالد على الولد . يدل على ذلك قوله « هو سماكم المسلمين من قبل » .

قال ابن زيد : وهو معنى قوله « ربنا واجعلنا مسلمين لك ومن ذريتنا أمة مسلمة لك » قال ابن زيد والحسن « هو » راجع الى ابراهيم . والمعنى هو سماكم المسلمين من قبل محمد صلى الله عليه وسلم . قال النحاس وهذا القول مخالف لقول علماء الأمة . وروى على بن أبى طلحة عن ابن عباس قال : سماكم الله تعالى المسلمين من قبل ، أى فى الكتب المتقدمة وفى هذا القرآن .

وأما قوله تعالى « يا بنى آدم » قال القرطبى هو خطاب لجميع العالم . وأما قوله تعالى « لا تضار والدة بولدها » قال ابن بطال يجوز أن يكون معناه لا تضار على تفاعل ، وهو أن ينزع ولدها منها ويدفع الى مرضعة أخرى ؛ ويجوز أن يكون معناه لا تضار الأم الأب فلا ترضعه . أى لا تأبى الأم أن ترضعه اضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها .

وقرأ نافع وعاصم وحمزة والكسائى « تضار » بفتح الراء المشددة ، وموضعه الجزم على النهى .

وقرأ أبو عمرو وابن كثير وأبان عن عاصم وجماعة « تضار » بالرفع عطفاً على قوله « تكلف نفس » وهو خبر والمراد به الأمر .

وروى عن عمر بن الخطاب أنه قرأ « لا تضارر » براءين الأولى مفتوحة. وروى عن ابن عباس « لا تضارر » بكسر ما قبل آخره وهي الراء الأولى .

وأما حديث عائشة فقد مضى في الفرائض ، وقد ساقه الذهبي في سير أعلام النبلاء وفيه « ان أطيب ما أكل الرجل من كسب يمينه ». وقد أخرجه أبو داود والحاكم بلفظ « ولد الرجل من أطيب كسبه فكلوا من أموالهم » واسناده صحيح .

وأما حديث أبي هريرة فقد أخرجه الشافعي وأبو داود واللفظ له وأخرجه النسائي والحاكم بتقديم الزوجة على الولد . وفي صحيح مسلم من رواية جابر تقديم الزوجة على الولد من غير تردد .

وقال الحافظ ابن حجر : اختلف على يحيى القطان والثوري ، فقدم يحيى الزوجة على الولد . وقدم سفيان الولد على الزوجة ، فينبغي أن لا يقدم أحدهما على الآخر بل يكونان سواء . لأنه قد صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان اذا تكلم تكلم ثلاثا ، فيحتمل أن يكون في اعادته قدم الولد مرة ، ومرة قدم الزوجة ، فصارا سواء .

قال الصنعاني في سبل السلام : هذا حمل بعيد ، فليس تكريره لما يقوله ثلاثا بمطرد ، بل عدم التكرير غالب ، وانما يكرر اذا لم يفهم عنه . ومثل هذا الحديث جواب سؤال لا يجرى فيه التكرير لعدم الحاجة اليه لفهم السائل للجواب ، ثم رواية جابر التي لا تردد فيها تقوى رواية تقديم الأهل ا هـ .

أما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : في كتاب الله وسنة رسوله عليه السلام بيان أن على الأب أن يقوم بالمئونة في اصلاح صغار ولده من رضاع ونفقة وكسوة وخدمة . أ هـ .

وجملة ذلك أنه يجب على الأب أن ينفق على ولده ، والأصل فيه قوله تعالى : « ولا تقتلوا أولادكم خشية املاق » فمنع الله قتل الأولاد خشية

الإملاق وهو الفقر ، فلولا أن نفقة الأولاد عليهم لما خافوا الفقر . وقوله تعالى : « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فأوجب أجرة رضاع الولد على الأب ، فدل على أن نفقته تجب عليه .

وحديث أبي هريرة عن الرجل الذى أتى النبى صلى الله عليه وسلم يقول عندى دينار والرسول يجيبه فيقول عندى آخر وأخذ يردد الأسئلة ، وقد خرجناه آنفا وكذلك حديث هند بنت عتبة أن أبا سفيان رجل شحيح . وقول النبى صلى الله عليه وسلم لها : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ولأن الولد بعض من الأب فكما يلزمه أن ينفق على نفسه فكذلك يلزمه أن ينفق على ولده ، فان لم يكن هناك أب أو كان ولكنه معسر وهناك جد موسر وجبت عليه نفقة ولد الولد وان سفل . وبه قال أبو حنيفة .

وقال مالك : لا تجب نفقة ولد الولد على الجد . دليلنا قوله تعالى : « يا بنى آدم » فسمى الناس بنى آدم ، وانما هو جدهم ، وكذلك قوله تعالى : « واتبعت ملة آبائى ابراهيم واسماعيل واسحاق » فسماهم آباء ، وانما هم أجداد ، أو لأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة وجبت النفقة على الأم ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد . وقال مالك : « لا تجب النفقة على الأم » وقال أبو يوسف ومحمد : « تجب على الأم ولكن ترجع بها على الأب اذا أيسر » .

دليلنا على مالك أن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأوجبت النفقة كالأبوة ، ولأن النفقة اذا وجبت على الجد وولادته من طريق الظاهر ، فلأن تجب على الأم وولادتها من طريق القطع أولى فلم ترجع .

ودليلنا على أبى يوسف ومحمد أنها نفقة واجبة على من تيقن نسبه فلم يرجع بها كالجد لا يرجع بما أنفق على الأب ، وقولنا على من تيقن نسبه احتراز من ولد على فراشين وأشكل الأب منهما . فان لم يكن هناك أم وهناك أبو أم أو أم أم وجبت عليه نفقة ولد الولد وان سفل ، فتجب نفقة الولد على من يقع عليه اسم الأب أو الأم حقيقة أو مجازاً ، سواء كان من

قبل الأب أو الأم ، ويشترك فى وجوبها العصبات وذوو الأرحام ؛ لأنها تتعلق بالقرابه من جهه الولادة ؛ فاستوى العصبات وذوو الارحام ؛ لانها تتعلق بالقرابة من جهة الولادة ، فاستوى العصبات وذوو الارحام من جهة الوالدين ، كما قلنا فى منع الشهادة والقصاص والعتق •

قوله : فتجب على الولد الخ ، فجملة ذلك أنه يجب على الولد نفقة الأب لقوله تعالى « وقضى ربك ألا تعبدو الا اياه وبالوالدين احساناً » وقوله تعالى : « وصاحبهما فى الدنيا معروفاً » ومن الإحسان والمعروف أن ينفق عليه •

وروى ابن المكندر « أن رجلا قال : يا رسول الله ان لى مالا وعيالا ولأبى مال وعيال ويريد أن يأخذ من مالى » • فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « أنت ومالك لأبيك » • وروت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان أطيب ما يأكل الرجل من كسبه ، وولده من كسبه » •

وروت عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان أولادكم هبة من الله لكم يهب لمن يشاء اناثاً ويهب لمن يشاء الذكور ، وأموالهم لكم اذا احتجتم اليها » وساق العمرانى رواية نسوقها لطرافتها ، ولنا عليها نظر[1] ، قال روى عن جابر أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله ان أبى يأخذ مالى فينفقه فقال الأب : انما أنفقه يا رسول الله على احدى عماته أو احدى خالاته ، فهبط جبريل وقال : يا رسول الله سل الأب عن شعر قاله ، فسأله النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك ، فقال الأب ان الله وله الحمد يزيدنا بك بياناً يا رسول الله كل يوم لقد قلت هذا الشعر فى نفسى فلم تسمعه أذناى ثم أنشأ يقول :

---

(١) ذلك ان أبا القاسم الطبرانى قد رواها باسناد فيه نظر . وقد روى هذه الأبيات ابو تمام فى ديوان الحماسة عزاها لأمية بن ابى الصلت فى ابنه ؛ وقال بعضهم هى لغيره ، وقال أبو رياش هى لأبى العباس الاعمى ، وقال التبريزى ، وتروى لابن عبد الأعلى ــ قال أبو هلال « أوردها ابو عبيدة فى أخبار النفقة والبررة » .

غـذوتك مولوداً وعلتك يافعـــاً ... تعـل بمـــا أدنى اليك وتنهـل
اذا ليلة نابتك بالشـــكوى لم أبت ... لشـــكواك الا ســـاهراً أتململ
كأني أنا المطـروق دونك بالذى ... طـرقت به دوني وعيني تهمـــل
فلمـا بلغت السن والغـاية التي ... اليهـا مدى ما كنت فيـك اؤمل
جعلت جزائي منك جبها وغلظـه ... كأنك أنت المنعـــم المتفضـــل
فليتـك اذ لم ترع حق أبـوتي ... فعلت كما الجار المجـاور يفعـل
تراه معـــداً للخـــلاف كأنه ... برد على أهل الصواب موكل . اهـ

فـــرع ويجب على الولد نفقة الأم . وقال مالك لا يجب ، دليلنا ما ذكرناه من القرآن والسنة آنفا . وما رويناه أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم وقال يا رسول الله من أبر ؟ قال أمك . قال ثم من ؟ قال أمك . قال ثم من ؟ قال أمك ، الى أن قال في الرابعة ثم أباك . ومن البر أن تنفق عليها . ولأنها تعتق عليه اذا ملكها ، ولا يجب عليهـا القصاص بجنايتهـا عليه ، ولا تقبل شهادته لها فوجبت لها النفقة عليه كالأب ، وتجب على الولد نفقة الأجداد والجدات وان علوا من قبل الأب والأم . وبهذا قال أحمـد والثوري وأصحاب الرأي .

وقال مالك : لا تجب النفقة عليهم ولا لهم ، لأن الجد ليس باب حقيقي دليلنا أن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأوجبت النفقة كالأبوة .

فـــرع نفقة القرابة تجب مع اتفاق الدين ومع اختلافه ، فان كان أحدهما مسلماً والآخر كافراً لم يمنع ذلك من وجوب النفقة ، لأنه حق يتعلق بالولادة فوجب مع اتفاق الدين واختلافه كالعتق بالملك ، ولا تجب النفقـة لغير الوالدين والمولودين من القرابة كالأخ وابن الأخ والعم وابن العم .

وقال أبو حنيفة تجب لكل ذى رحم محرم ، فتجب عليه نفقة الأخ وأولاده والعم والعمة والخال والخالة ، ولا تجب عليه نفقـة أولاد العم ولا أولاد الخال ولا أولاد الخالة .

وتفصيل قول أحمد أنه تجب عليه نفقـة كل من كان وارثاً كالأخ وابن

الأخ والعم وابن العم ولا تجب عليه نفقة ابنة الأخ والعمة وابنة العمة وابنة العم . وقال عمر بن الخطاب رضى الله عنه تجب عليه نفقة كل قريب معروف النسب منه. ودليلنا حديث أبى هريرة فى الرجل الذى معه دينار وآخر حتى قال أنت أعلم ؛ ولم يأمره أن ينفقه على أقاربه ، فدل على أنها لا تجب عليه نفقة أقاربه . فان قيل فلم يذكر الوالد ومع ذلك فنفقته واجبة . قلنا : قد نص على نفقة الولد فنبه بذلك على نفقة الوالد ، لأنه آكد حرمة من الولد ، ولأن من سوى الوالدين والمولودين من القرابة لا يلحق بهم فى الحرمة فلم يلحق بهم بوجوب نفقتهم ، ولأنها قرابة لا تستحق بها نفقة مع اختلاف الدين فلم يستحق بها نفقة مع اتفاق الدين كابن العم مع أبى حنيفة وكغير الوارث مع أحمد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ولا تجب نفقة القريب الا على موسر أو مكتسب يفضل عن حاجته ما ينفق على قريبه ، وما من لا يفضل عن نفقته شيء فلا تجب عليه لما روى جابر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فان كان فضل فعلى عياله ، فان كان فضل فعلى قرابته » فان لم يكن فضل غير ما ينفق على زوجته لم يلزمه نفقة القريب ، لحديث جابر رضى الله عنه ، و لأن نفقة القريب مواساة ونفقة الزوجة عوض ، فقدمت على المواساة ، ولأن نفقة الزوجة تجب لحاجته فقدمت على نفقة القريب كنفقة نفسه .

فصــــل ولا يستحق القريب النفقة على قريبه من غير حاجة ، فان كان موسراً لم يستحق لانها تجب على سبيل المواساة ، والموسر مستغن عن المواساة . وان كان معسراً عاجزاً عن الكسب لعدم البلوغ أو الكبر أو الجنون أو الزمانة استحق النفقة على قريبه ، لانه محتاج لعدم المال وعدم الكسب .

وان كان قادراً على الكسب بالصحة والقــوة ــ فان كان من الوالدين ــ ففيه قولان (أحدهما) يستحق لانه محتاج فاستحق النفقة عن القريب كالزمن . (والثانى) لا يستحق لأن القوة كاليسار ، ولهذا سوى رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما فى تحريم الزكاة فقال « لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة قوى » وان كان من المولودين ففيه طريقان ، من اصحابنا من قال فيه

وولان كالوالدين ومنهم من قال : لا يستحق قولا واحدا لأن حرمة الوالد آكد فاستحق بها مع القوة وحرمة الولد أضعف فله يستحق بها مع القوة) .

الشرح حديث جابر أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائي بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لرجل : ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلأهلك ، فان فضل عن أهلك شيء فلذى قرابتك ، فان فضل عن ذى قرابتك شيء فهكذا وهكذا » .

أما حديث (لا تحل الصدقة لغنى ولا لذى مرة قوى) فقد أخرجه النسائى عن أبى هريرة فى الزكاة عن هناد بن السرى وابن ماجه فيه أيضاً عن محمد بن الصباح ، وأخرجه أبو داود عن عباد بن موسى الختلى فى الزكاة من حديث عبد الله بن عمرو والترمذى فى الزكاة عن محمد بن بشار من حديث عبد الله بن عمرو أيضاً وحسنه ، وذكر أن شعبة لم يرفعه ؛ وفى اسناده ريحان بن يزيد وثقه يحيى بن معين . وقال أبو حاتم الرازى شيخ مجهول ، وقال بعضهم : لم يصح اسناد هذا الحديث ، وانما هو موقوف على عبد الله بن عمرو . وأخرجه أحمد من طريق أبى هريرة ومن طريق ابن عمر .

وقال أبو داود : الأحاديث الأخر عن النبى صلى الله عليه وسلم بعضها « لذى مرة سوى » وبعضها « لذى مرة قوى » .

اما اللغات فالمرة القوة والشدة . قال تعالى : « ذو مرة فاستوى » والسوى الصحيح الأعضاء .

اما الاحكام فانه لا يستحق القريب على قريبه حتى يكون المنفق منهما موسراً بنفقة قريبه . وهو أن يفضل عن قوت نفسه وقوت زوجته فى يومه وليلته ، لحديث جابر الذى ساقه المصنف . وانما قدمت نفقة الزوجة على نفقة القريب ، لأنها تجب لحاجته اليها ؛ ونفقة القريب مواساة ، فقدمت نفقتها عليه كما تقدم نفسه ، ولأن نفقة الزوجة تجب بحكم المعاوضة فقدمت على نفقة القريب كما يقدم الدين ، فان كان مكتسباً ما ينفق على نفسه

وزوجته ويفضل عن قوت يومه وليلته لزمه أن ينفق على قرابته ، لأن الكسب فى الانفاق يجرى مجرى الغنى • ولهذا روى أن رجلين سألا النبى صلى الله عليه وسلم أن يعطيهما من الصدقة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « أعطيكما بعد أن أعلمكما أنه لا حظ فيها لغنى ولا لقوى مكتسب » فجعل الاكتساب بمنزلة الغنى والمال • وان كان للمنفق عقار وجب بيعه للانفاق على قريبه •

دليلنا أن نفقة القريب تجب فيما فضل عن قوت المنفق فى يومه وليلته ، والعقار يفضل عن قوت يومه وليلته فوجب بيعه للانفاق على القريب كالأب ولا يستحق القريب النفقة على قريبه حتى يكون المنفق عليه معسراً غير قادر على الكسب لصغر أو جنون أو زمانة أو كبر ـ فان كان له مال يكفيه ـ لم تجب نفقته على قريبه ، لأن ايجاب نفقة القريب على قريبه مواساة والغنى بماله لا يستحق المواساة •

وان كان له كسب أو هو قادر على أن يكتسب ما يكفيه لم تجت له نفقة قريبه ؛ لأن الكسب فى باب الانفاق يجرى مجرى الغنى بالمال •

وان كان صحيحا الا أنه غير مكتسب ـ فان كان من الوالدين ففيه قولان : أحدهما : تجب نفقته على الولد الموسر ، وبه قال أبو حنيفة وأحمد ؛ لأنه محتاج الى الانفاق فأشبه الزمن • والثانى : لا تجب نفقته على الولد لأنه قادر على الاكتساب فأشبه المكتسب •

وان كان الولد بالغاً صحيحاً محتاجا غير مكتسب ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان كالوالدين • ومنهم من قال لا تجب نفقته قولا واحداً ، لأن حرمة الوالد آكد فاستحق مع الصحة ، والولد أضعف حرمة فلا يستحق مع الصحة • هذا مذهبنا •

وقال أبو حنيفة : اذا بلغت الابنة لم تسقط نفقتها حتى تزوج لأنه لا يمكنها الاكتساب فهى كالصغيرة • ودليلنا ان كان معنى أسقط نفقة الابن أسقط نفقة الابنة كاليسار ، وما ذكره فلا يصح لأنه يمكنها أن تعمل كاتبة

أو حائكة أو عاملة فى مصانع الدواء أو مدرسة أطفـال أو ما الى ذلك من أعمال مع التصون والتحشم وطلب الرزق الحلال ، وقد كانت المرأة على عهد أبى حنيفة تشتغل بالغزل وتبيعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل فان كان الذى يستحق النفقة اب وجد أو جد وابو جـد وهما موسران ، كانت النفقة على الأقرب منها . لأنه احق بالمواساة من الأبعد ، وان كان له أب وابن موسران ففيه وجهان :

(احدهما) أن النفقة على الأب لأن وجوب النفقة عليه منصوص عليـه ، وهو قوله تعالى : « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ووجوبهـا على الولد ثبت بالاجتهاد .

(والثانى) انهما سواء لتساويهما فى القرب والذكورية ، وأن كان له أب وأم موسران كانت النفقة على الأب لقوله تعالى : « فان أرضـعن لكم فآتوهن اجورهن » فجعل أجرة الرضاع على الأب . وروت عائشة رضى الله عنها : « ان هنداً أم معاوية جاءت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسـول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وانه لا يعطينى ما يكفينى وولدى الا ما اخذت منـه سراً وهو لا يعلم فهل على فى ذلك من شىء ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف ، ولأن الأب ساوى الام فى الولادة وانفـرد بالتعصيب فقدم .

وان كان له أم وجد ابو الأب وهما موسران فالنفقة على الجد لأن له ولادة وتعصيبا فقدم على الأم كالأب ، وان كانت له بنت وابن بنت ففيه قـولان (احدهما) أن النفقة على البنت لأنها اقرب . (والثانى) انها على ابن البنت لأنه اقوى وأقدر على النفقة بالذكورية ، وان كانت له بنت وابن ابن فالنفقـة على ابن الابن ، لأن له ولادة وتعصيباً ، فقدم كما قدم الجد على الأم . وان كان له أم وبنت كانت النفقة على البنت ، لأن للبنت تعصيبا وليس للأم تعصيب ، وان كان له ام أم وابو ام فهما سـواء ، لأنهما يتسـاويان فى القـرب وعـدم التعصيب ، وان كان له ام أم وأم اب ففيه وجهان . (احدهما) انهما سواء لتساويهما فى الدرجة (والثانى) ان النفقة على أم الأب لأنها تدلى بالعصبة) .

الشرح حديث عائشة أن هنداً بنت عتبة الخ . أخرجه البخارى

فى النفقات عن محمد بن مقاتل وعن محمد بن يوسف ، وفى الأيمان والنذور عن يحيى بن بكير وفى الأحكام عن محمد بن كثير ، وفى المظالم عن أبى اليمان ، وفى البيوع عن أبى نعيم وفى صحيح مسلم فى الأحكام عن على بن حجر وعن عبد بن حميد ، وفى الأقضية عن زهير بن حرب ، وأخرجه أبو داود فى البيوع عن خشيش بن أصرم وعن أحمد بن يونس ؛ وأخرجه النسائى فى القضاء عن اسحاق بن ابراهيم وابن ماجه فى التجاوزات عن أبى بكر وعلى بن محمد وأبى عمر الضرير .

اما الاحكام فان كان هناك قريب يستحق النفقة واجتمع قريبان موسران كانت نفقته عليهما أو على الأقرب منهما على ما سنوضحه ، فان كان هناك ولد صغير فقير وله أبوان موسران كانت نفقته على الأب لقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » فجعل أجرة الرضاع على الأب ؛ ولقوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبى سفيان « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » ولأنهما تساويا فى الولادة وانفرد الأب بالتعصيب فقدم على الأم ؛ فان اجتمع الأب والجد وهما موسران واجتمعت الأم وأمها أو الأم وأم الأب وهما موسرتان قدم الأب على الجد . وقدمت الأم على أمها وأم الأب لأنها أقرب . وان اجتمعت الأم والجد أبو الأب وهما موسران كانت النفقة على الجد دون الأم ، وبه قال أبو يسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : ينفقان عليه على قدر ميراثهما . فيكون على الأم ثلث النفقة وعلى الجد الثلثان . دليلنا أنه اجتمع عصبة مع ذات رحم ينفق كل واحد منهما على الانفراد ، فقدم العصبة كالأب اذا اجتمع مع الأم . فان اجتمع الجد أبو الأب وان علا مع الجد أبى الأم وهما موسران وجبت النفقة على الجد أبى الأب . لأن الجد يقدم على الأم . فلأن يقدم على أبى الأم أولى . وان اجتمعت أم الأم وأبو الأم وهما موسران كانت النفقة عليهما نصفين لأنهما متساويان فى الدرجة ولا مزية لأحدهما على الآخر فى التعصيب فاستويا فى الانفاق . وان اجتمعت أم الأم وأم الأب وهما موسرتان ففيه وجهان :

(أحدهما) تجب النفقة عليهما نصفين وهو الأصح لأنهما مستويتان فى الدرجة ولا مزية لإحداهما على الأخرى بالتعصيب •

(والثانى) تجب النفقة على أم الأب لأنها تدلى بعصبة • ولأن الأب لو اجتمع هو والأم لقدم الأب فى ايجاب النفقة فقدم من يدلى به على من يدلى بها ، وهكذا الوجهان اذا اجتمعت أم الأب وأم أبو الأم • فان اجتمعت الأم وأم الأب وهما موسرتان ، قال الشيخ أبو حامد ـ فان قلنا ـ ان أم الأم وأم الأب اذا اجتمعتا ـ تقدم أم الأب لأنها تدلى بعصبة قدمت ههنا أم الأب على الأم لأنها كالعصبة ، وان قلنا هناك : انهما سواء ، قدمت الأم على أم الأب لأنها أقرب منها •

فــرع وان كان الرجل فقيراً زمناً وله أب وابن موسران ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تجب نفقته على الأب لأن وجوب النفقة على الأب منصوص عليها فى القرآن ، ووجوب النفقة على الابن مجتهد فيها •

(والثانى) أن نفقته على الابن لأنه أقوى تعصيباً من الأب •

(والثالث) تجب نفقته عليهما لأنهما متساويان بالدرجة منه والتعصيب• فاذا قلنا بهذا فهل تجب عليهما نصفين ؟ أو تعتبر بميراثهما منه ؟ فيه وجهان ، قال العمرانى « الأصح أنها عليهما نصفان » •

وان اجتمع ابن وجد فمن أصحابنا من قال : هو كما لو اجتمع الابن والأب • ومنهم من قال : تجب على الابن وجهاً واحداً لأنه أقرب ، وان كان فقيرا زمنا وله ابنان موسران وبنتان موسرتان وجبت نفقته بينهما نصفين ، لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر • وان كان له ابن وابنة موسرة فقال الماوردى ، قال أصحابنا البغداديون تجب جميع النفقة على الابن ، لأنهما متساويان فى الدرجة ، وللابن مزية بالتعصيب فقدم فى وجوب النفقة عليه كالأب اذا اجتمع مع الأم • وقال الخراسانيون من أصحابنا تجب النفقة عليهما ، وكيف تجب عليهما ؟ فيه وجهان : (أحدهما) قال المسعودى وهو

الأصح تجب عليهما نصفين ، وبه قال أبو حنيفة (والثانى) تجب عليهما على قدر ميراثهما فيجب على الابن ثلثا النفقة وعلى الابنة ثلثها . وبه قال أحمد •

اذا ثبت هذا فذكر ابن الصباغ اذا كان له ابن ذكر وخنثى مشكل موسران فان النفقة على الابن لأن الخنثى يجوز أن تكون أنثى فلا تجب عليه النفقة • فان بان الخنثى رجلا رجع عليه بنصف ما أنفق ، لأنه بان أنه كان مستحقاً عليه وهذا على طريقة أصحابنا البغداديين • فأما على طريقة الخراسانيين فكم يجب على الخنثى ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) النصف وهو الأصح ، فعلى هـذا لا فرق بين أن يبين أنه رجل أو امرأة (والثانى) يجب عليه بمقدار ميراثه ، فعلى هـذا يجب عليه الثلث وعلى الذكر النصف ويبقى سدس النفقة •

فان قال أحدهما أدفع السدس لأرجع به على من بان أنه عليه ، جاز • وان دفعه أحدهما برضاه دفعاه بينهما نصفين ، فاذا بان حال الخنثى رجع من بان أنه غير مستحق عليه بما دفع منه ، قال ابن الصباغ : وان كان له بنت وخنثى مشكل ففيه وجهان : (أحدهما) تجب النفقة على الخنثى لجواز أن يكون رجلا ، فاذا أنفق ثم بان أنه رجل لم يرجع على أخته بشيء ، وان بان أنه أنثى رجعت على أختها بنصف ما أنفقت •

(والثانى) أن النفقة بينهما نصفان ، قال وهو الأقيس ، لأنا لا نعلم كونه رجلا فان بان أنه ذكر رجعت عليه البنت بما أنفقت ، وان بان أنه أنثى لم ترجع عليها أختها بشيء • وهذا على طريقة أصحابنا البغداديين • وأما على طريقة الخراسانيين فعلى أصح الوجهين تجب النفقة عليهما نصفين ، ولا يرجع الخنثى بما أنفق على أخته بشيء ، سـواء بان رجلا أو امرأة ، وعلى الوجه الذى يقول يجب النفقة عليهما على قدر ميراثهـما يجب على كل منهما ثلث النفقة ويبقى الثلث ، فان اختار أحدهما أن ينفقه ليرجع به على من يجب عليه جاز ، وان لم يختر أحدهما دفعه دفعـاه بينهما ، فيـدفع كل منهما نصف النفقة ، فان بان الخنثى امرأة لم ترجع احداهما على الأخرى بشيء • وان بان رجلا رجعت عليه المرأة بثلث ما دفعت •

فـــرع وان كان له ثلاثة أولاد : ذكر وخنثيان ، فعلى طريقة أصحابنا البغداديين تجب النفقة على الذكر ، فان بان الخنثيان امرأتين لم يرجع عليهما بشيء وان بانا رجلين رجع على كل واحد منهما بثلث ما أنفق ، وان بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجع على الرجل بنصف ما انفق ، وعلى طريقة الخراسانيين تجب النفقة على الجميع وكيف تجب عليه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) ـ وهو الأصح عندهم ـ تجب بينهم بالسوية ، فعلى هذا لا تراجع بينهم بحال .(والثانى) تجب بينهم على قدر مواريثهم ، فعلى هذا يجب على الرجل ثلث النفقة ، وعلى كل واحد من الخنثيين خمس النفقه لأن ذلك هو اليقين .

قال القاضى أبو الفتوح من أصحابنا ونقله صاحب البيـــان : ويبقى من النفقة ربعها تفرض عليهم ، قال : وهذا غلط بل تبقى من النفقة أربعة أسهم من خمسة عشر سهما . فان قال أحدهم : أدفعها على أن أرجع بها على من بانت عليه عنده ودفعها ، كان له الرجوع على من بانت عنده ، وان لم يرض أحدهما بدفعها قسمت عليهم ثلاثا فتقسى النفقة على خمســة وأربعين سهما فيدفع الذكر منها سبعة عشر سهما ويدفع كل خنثى ثلاثة عشر سهما ، فان بانا امرأتين رجعا على الذكر بتمام النصف ، فترجع عليه كل واحدة منهمـا بسهم وثلاثة أرباع ســهم مما دفعت ، وان بانا رجلين رجع الذكر على كل واحد منهما بسهمين وهو تمام الثلث . وان بان أحدهما ذكراً والآخر امرأة رجعت المرأة على الذى بان رجلاً بأربعة أسهم ورجع الذكر عليه بسهم .

فـــرع فان كان لرجل بنت وولدان خنثيان مشكلان فعلى طريقة أصحابنا البغداديين فى النفقة وجهان .

(أحدهما) أن جميع النفقــة على الخنثيين ، فان بانا رجلين فلا رجوع لهما وان بانا امرأتين رجعتا كل واحدة منهما على أختها التى لم تنفق معهمـا ثلث ما أنفقت . وان بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجعت التى بانت امرأة على الذى بان رجلا بجميع ما أنفقت .

(والوجه الثانى) : أن النفقة تجب عليهم أثلاثا — فان بانا امرأتين فلا تراجع وان بانا رجلين رجعت البنت بما أنفقت عليهما نصفين ، وان بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجع المرأتان على الذى بان رجلا بجميع ما أنفقتاه . وعلى طريقة الخراسانيين يقول العمرانى فى البيان والماوردى فى الحاوى وابن الصباغ فى الشامل يكون فى النفقة أيضا وجهان . (أحدهما) — وهو الأصح عندهم — أن النفقة تجب على الجميع بالسوية ؛ فعلى هذا لا تراجع بينهم بحال (والثانى) تجب بينهم على قدر مواريثهم ؛ فعلى هذا يجب على البنت خمس النفقة وهى أربعة من عشرين ؛ وعلى كل واحد من الخنثيين ربع النفقة وهو خمسة من عشرين ، لأن هذا هو اليقين وتبقى ستة أسهم ان دفعها أحدهم ليرجع بها على من بانت عنده جاز والا قسمت عليهم أثلاثا ، فان بانا امرأتين رجع كل واحد من الخنثيين على البنت بثلث سهم . وان بانا رجلين رجعت البنت على كل واحد منهما بسهم وان بان أحدهما رجلا والآخر امرأة رجعت البنت الأصلية عليه بسهم ورجعت عليه البنت الخنثى بسهمين ؛ والمشهور طريقة البغداديين .

فـــرع وان كان له بنت وابن بنت موسران فحكى الشيخ المصنف هنا أن فيه قولين ؛ وحكاهما ابن الصباغ عن القاضى أبى حامد وجهين

(أحدهما) تجب النفقة على البنت لأنهما يستويان فى عدم التعصيب والبنت أقرب فكانت أولى بالايجاب عليها .

(والثانى) تجب على ابن البنت لأنه أقدر على النفقة بالذكورية ، وان كان له بنت ابن وابن بنت ففيه ثلاثة أوجه حكاها ابن الصباغ (أحدها) تجب النفقة على بنت الابن لأنها تدلى بعصبة وقد تكون عصبة مع أختها .

(والثانى) تجب النفقة على ابن البنت لأنه أقوى على النفقة بالذكورية .

(والثالث) تجب النفقة عليهما بالسوية لأنهما متساويان فى الدرجة وعدم التعصيب . وان كان له أم وبنت موسرتان كانت النفقة عليهما بالسوية لأنهما متساويتان فى الدرجة وعدم التعصيب ، وان كان له أم وبنت موسرتان

كانت النفقة على البنت • وقال أبو حنيفة وأحمد : يكون على الأم ربع النفقة والباقي على البنت •

فرع وان كان له قريبان موسران أحدهما أبعد من الآخر فحضر الأبعد وغاب الأقرب ـ قال المسعودي ـ وجب على الحاضر أن ينفق ، فاذا حضر الأقرب فهل يرجع عليه بما أنفق ؟ فيه وجهان الأصح له أن يرجع عليه ، وهذا اذا لم يوجد للغائب مال ينفق عليه منه • وان كان له مال حاضر أنفق عليه منه ، وان لم يكن له مال ـ وأمكن أن يقترض الحاكم عليه من بيت المال أو من انسان ـ اقترض عليه ووجب عليه القضاء اذا حضر ، وان لم يمكن كان على الحاضر أن ينفق ، فان بان أن الغائب كان معسراً أو ميتاً وقت النفقة لم يرجع عليه بشيء بل تكون نفقته على الحاضر • وهكذا ان كان له ابنان موسران فحضر أحدهما وغاب الآخر كان على الحاضر نصف النفقة فان كان الغائب مال أنفق منه نصف النفقة ، وان لم يكن له مال وأمكن أن يقترض عليه من بيت المال أو من انسان اقترض عليه الحاكم • وان لم يمكن ذلك قال ابن الصباغ : لزم الحاضر أن يقترض لأن نفقته عليه اذا انفرد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان الذى تجب عليه النفقة يقدر على نفقة قريب واحد وله اب وام يستحقان النفقة ففيه ثلاثة اوجه :

(احدها) ان الأم أحق لما روى « ان رجلا قال يا رسول الله من أبر ؟ قال : امك ، قال ثم من؟ قال امك ، قال ثم من ؟ قال أمك ، قال ثم من ؟ قال اباك » ولأنها تساوى الأب فى الولادة وتنفرد بالحمل والوضع والرضاع والتربية .

(والثانى) ان الأب احق لانه يساويها فى الولادة وينفرد بالتعصيب ولانهما لو كانا موسرين والابن معسرا قدم الأب فى وجوب النفقة عليها فقدم فى النفقة له .

(والثالث) انهما سواء ، لأن النفقة بالقرابة لا بالتعصيب ، وهما فى القرابة سواء ، وان كان له اب وابن ففيه وجهان (أحدهما) ان الابن احق

لان نفقته ثبتت بنص الكتاب . (والثانى) ان الأب احق لأن حرمتــه آكد ، ولهذا لا يقاد بالابن ويقاد به الابن ، وان كان له ابن ابن او أب وجد ، ففيــه وجهان (أحدهما) ان الابن احق من ابن الابن والأب احق من الجد لانهما أقرب، ولانهما لو كانا موسرين وهو معسر كانت نفقته على اقربهما ، فكذلك فى نفقته عليهما (والثانى) انهما سواء لان النفقة بالقرابة ، ولهذا لا يسقط أحدهما بالآخر اذا قدر على نفقتهما .

فصــــل ومن وجبت عليه نفقته بالقرابة وجبت نفقته على قدر الكفاية لانها تجب للحاجة فقدرت بالكفاية ، وان احتاج الى من يخدمه وجبت نفقــة خادمه ، وان كانت له وزجة وجبت نفقة زوجته ، لأن ذلك من تمام الكفــاية وان مضت مدة ولم ينفق على من تلزمه نفقته من الاقارب لم يصر دينا عليه ، لانها وجبت عليه لتزجية الوقت ودفع الحاجة ، وقد زالت الحــاجة لما مضى فسقطت .

الشرح الحديث أخرجه أحمــد والبخــارى ومسلم من حديث أبى هريرة رضى الله عنه بلفظ « قال رجل : يا رسول الله أى الناس أحق منى بحسن الصحبة ؟ قال : أمك ، قال ثم من ؟ قال : أمك ، قال ثم من ؟ قال : أمك ، قال ثم مــن ؟ قال أبوك » ولمســلم فى رواية « من أبر ؟ قال أمك » وأخرجه أحمد وأبو داود والترمذى عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده قال « قلت : يا رســول الله من أبر ؟ قال أمك قال قلت ثم من ؟ قال أمك ، قال قلت يا رسول الله ثم من ؟ قال أمك ، قال قلت ثم من ؟ قال أباك ثم الأقرب فالأقرب » وأخرجه أيضاً الحاكم وحسنه أبو داود عن بهز أيضــا ، ويؤخذ على المصنف قوله « لما روى » لما لم يسم فاعله وهى صيغة التمريض التى أخذها عليه النووى وأخذناها عليــه اتباعا للنووى فى غير ما موضــع من المجموع ، لأن الحديث متفق عليه ولا يسوغ التعبير عنه بروى .

أما الأحكام فان كان من تجب عليه النفقة له قريبــان معسران فان فضل عن قوت يومه وليلته وما يكفيهما لزمه أن ينفق عليهما ، وان لم يفضل عن قوته الا ما يكفى أحدهما بأن كان له أبوان معسران ولا يجد الا نفقــة أحدهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) تقــدم الأم لحديث أبى هريرة وبهز بن حكيم الذى ساقه المصنف فى الفصل وقد كرر الأم ثلاثا وقال فى الرابعة أباك ولأن الأم عورة ليس لها بطش والأب ليس بعورة فكان تقديم الأم أولى .

(والثانى) أن الأب يقــدم لأنهما متســاويان فى الولادة وانفرد الأب بالتعصيب فكان أولى ، كما لو تقدم بدرجة ، ولأنهما لو كانا موسرين وهو معسر لكانت نفقته على الأب فوجب أن يقدم الأب فى وجوب تقديم نفقته ، كما يقدم فى وجوب نفقة الابن عليه .

(والثالث) أنهــما ســواء فيسقط ذلك بينهما لاســتوائهما فى الولادة والادلاء .

فــــرع وان كان له أب وابن معسران ولا يقــدر على نفقــة أحدهما ، فاختلف أصحابنا ، فقال الشيخ أبو حامد : ان كان الابن طفلا فهو أولى بالتقديم لأنه ناقص الخلقــة والأحكام ، والأب اما أن يكون زمنا أو مجنونا فيكون ناقص الخلقة أو ناقص الأحكام دون الخلقة ، فان تساويا بأن يكون الابن بالغا زمنا فيكون ناقص الخلقة دون الأحكام أو مراهقا صحيحا فيكون ناقص الخلقة والأب زمن أو مجنون ففيه وجهان .

(أحدهما) أن الابن أحق بالتقديم ؛ لأن وجوب نفقة الابن ثبت بنص القرآن ووجوب نفقة الأب على الابن مجتهد فيه .

(والثانى) أن الأب مقدم لأن حرمته آكد من حرمة الابن ، بدليل أن الأب لا يقاد بابنه ولابن يقاد بالأب ، قال الشيخ أبو اسحاق : فيه وجهان من غير تفصــيل . (أحدهمـا) الابن أولا (والثــانى) الأب أولا . وذكر العمرانى وجها ثالثا أنهما سواء فقسم بينهما لاستوائهما فى الدرجة .

فــــرع وان كان له أب وجد معسران ولا يقــدر على نفقــة أحدهما ففيه وجهان .

(أحدهما) يقدم الأب لأنه أقرب ، ولأنه يقدم فى وجوب النفقة عليــه فقدم فى وجوب النفقة له .

(والثانى) أنهما سواء فيقسم بينهما لأن الأب لا يمنع وجوب نفقة الجد

وضاق ما في يد الجد على نفقتها ، فيقسم ما بينهما كالدينين ، وهكذا اذا اجتمع ابن وابن ابن أو أم وأم أم ولم يقدر الا على نفقة أحدهما فعلى وجهين

مسألة قوله : ومن وجبت عليه نفقته بالقرابة الخ ـ فجملة ذلك أنه اذا وجبت عليه نفقة القريب فانها تجب غير مقدرة . بل يجب له ما يكفيه لأنها تجب للحاجة فتقدرت بالكفاية ؛ وان احتاج القريب الى من يخدمه وجبت عليه نفقة خادمه ؛ وان كانت له زوجة وجبت عليه نفقتها ؛ لأن ذلك من تمام الكفاية ، ويجب عليه الكسوة لأن كل من وجبت عليه نفقة شخص وجبت عليه كسوته كالزوجة ؛ وان احتاج الى مسكن وجب عليه سكناه لأن عليه كفايته ؛ وذلك من كفايته ؛ وان مضت مدة ولم ينفق فيها على قريبه سقطت بمضى الزمان لأنها تجب للحاجة وقد زالت الحاجة .

فرع وان وجبت عليه نفقة زوجته أو قريبه فامتنع من اخراجها أو هرب فان الحاكم ينظر في ماله ـ فان كان فيه من جنس النفقة ـ دفع النفقة منه . وان كان من غير جنس النفقة ـ فان كانت كالدراهم والدنانير اشترى منها الحاكم الطعام والادام وصرفه الى من وجبت نفقته ، وان وجد له متاعا باعه عليه . وقال أبو حنيفة : لا يباع عليه المتاع والعقار الا في موضع واحد ، وهو اذا جاء الرجل الى الحاكم وقال : ان لفلان الغائب عندى سلعة أو عقاراً وهذه زوجته لم ينفق عليها ـ فان لحاكم يبيع عليه السلعة والعقار وينفق على زوجته من ثمن ذلك .

دليلنا أن ما جاز بيع الناض فيه بغير اذن من عليه الحق جاز بيع المتاع والعقار فيه بغير اذنه كنفقة الزوجة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان كان له اب فقيراً مجنوناً او فقيراً زمناً ، واحتاج الى الاعفاف وجب على الولد اعفافه على المنصوص ، وخرج أبو على بن خيران قولا آخر انه لا يجب لأنه قريب يستحق النفقة ، فلا يستحق الاعفاف كالابن والمذهب

الأول ، لأنه معنى يحتاج الاب اليه ويلحقه الضرر بفقده ، فوجب كالنفقة ، وان كان صحيحاً قوياً . وقلنا انه تجب نفقته وجب اعفافه . وان قلنا لا تجب نفقته ففي اعفافه وجهان :

(احدهما) لا يجب ، لانه لا تجب نفقته فلا يجب اعفافه .

(والثانى) وهو قول أبى اسحاق أنه يجب اعفافه ، لأن نفقته ان لم تجب على القريب أنفق عليه من بيت المال ، والاعفاف لا يجب في بيت المال فوجب على القريب . ومن وجب عليه الاعفاف فهو بالخيار بين أن يزوجه بحرة وبين أن يسريه بجارية ، ولا يجوز أن يزوجه بأمة لأنه بالاعفاف يستغنى عن نكاح الأمة ، ولا يعفه بعجوز ولا بقبيحة ، لان الاصل من العفه هو الاستمتاع ، ولا يحصل ذلك بالعجوز ولا القبيحة ، فان زوجه بحرة أو سراه بجارية ثم استغنى لم يلزمه مفارقة الحرة ، ولا رد الجارية ، لان ما أستحق للحاجة لم يجب رده بزوال الحاجة ، كما لو قبض نفقة يوم ثم ايسر .

وان أعفه بحرة فطلقها أو سراه بجارية فاعتقها لم يجب عليه بدلها ، لأن ذلك مواساة لدفع الضرر ، فلو أوجبنا البدل خرج من حد المواساة وادى الى الضرر والضرر لا يزال بالضرر . وان ماتت عنده ففيه وجهان (أحدهما) لا يجب البدل لانه يخرج عن حد المواساة (والثانى) يجب لأنه زال ملكه عنها بغير تفريط فوجب بدله ، كما لو دفع اليه نفقة يوم فسرقت منه .

فصل وان احتاجت الولد الى الرضاع وجب على القريب ارضاعه ، لأن الرضاع في حق الصغير كالنفقة في حق الكبير ، ولا يجب الا في حولين كاملين ، لقوله تعالى ((والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد ان يتم الرضاعة)) فان كان الولد من زوجته وامتنعت من الارضاع لم تجبر .

وقال أبو ثور : تجبر لقوله تعالى ((والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن اراد ان يتم الرضاعة)) وهذا خطأ لانها اذا لم تجبر على نفقة الولد مع وجود الأب لم تجبر على الرضاع ، وان أرادت ارضاعه كره للزوج منعها ، لأن لبنها أوفق له ، وان اراد منعها منه كان له ذلك ، لانه يستحق الاستمتاع بها في كل وقت الا في وقت العبادة ، فلا يجوز لها تفويته عليه بالرضاع وان رضيا بارضاعه فهل تلزمه زيادة على نفقتها ؟ فيه وجهان .

(احدهما) تلزمه ، وهو قول ابى سعيد وابى اسحاق ، لانها تحتاج في حال الرضاع الى أكثر مما تحتاج في غيره .

(والثانى) لا تلزمه الزيادة على نفقتها ، لأن نفقتها مقدرة فلا تجب الزيادة لحاجتها ، كما لا تجب الزيادة في نفقة الاكولة لحاجتها ، وان ارادت

ارضاعه باجرة ففيه وجهان (احدهما) لا يجوز ، وهو قول الشيخ ابى حامد الاسفراييني رحمة الله عليه ، لأن أوقات الرضاع مستحقة لاستمتاع الزوج ببدل وهو النفقة ، فلا يجوز أن تاخذ بدلا آخر (والثاني) انه يجوز ، لأنه عمل يجوز أخذ الأجرة عليه بعد البينونة ، فجاز أخذ الأجرة عليه قبل البينونة كالنسج وان بانت لم يملك اجبارها على ارضاعه كما لا يملك قبل البينونة ، فان طلبت أجرة المثل على الرضاع ولم يكن للأب من يرضع بدون الأجرة كانت الأم احق به ، لقوله تعالى ((فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن)) وان طلبت أكثر من اجرة المثل جاز انتزاعه منها وتسليمه الى غيرها لقوله تعالى ((وان تعاسرتم فسترضع له اخرى)) ولأن ما يوجد بأكثر منعوض المثل كالمعدوم ، ولهذا لو وجد الماء تاكثر من ثمن المثل جعل كالمعدوم فى الانتقال الى التيممفكذلك ههنا . وان طلبت اجرة المثل وللأ بمن يرضعه بغير عوض أو بدون أجرة المثل، ففيه قولان :

احدهما : أن الأم أحق باجرة المثل ، لأن الرضاع لحق الولد ، ولان لبن الأم أصلح له وانفع ، وقد رضيت بعوض المثل فكان أحق .

والثاني : أن الأب احق ، لأن الرضاع فى حق الصغير كالنفقة فى حق الكبير ولو وجد الكبير من يتبرع بنفقته لم يستحق على الأب النفقة ، فكذلك اذا وجد من يتبرع بارضاعه لم تستحق على الأب اجرة الرضاع ، وان ادعت المرأة ان الأب لا يجد غيرها فالقول قول الأب ؛ لانها تدعى استحقاق اجرة المثل والأصل منعه) .

الشرح الأحكام اذا وجبت على الولد نفقة الأب والجد قبل الأب أو من قبل الأم واحتاج الأب أو الجد الى الاعفاف بزوجة وجب على الولد أن يعفه بذلك اذا قدر على ذلك .

قال ابن خيران : وفيها قول آخر أنه لا يجب عليه ذلك ، وبه قال أبو حنيفة لأنه قريب فلم يستحق الاعفاف كالابن ، والأول أصح لأنه معنى يحتاج اليه ، ويستضر بفقده فلزمه كالنفقة والكسوة ، ويخالف الابن فان الأب آكد حرمة منه فوجب له ما لا يجب له ، وان كان الوالد معسراً صحيحاً غير مكتسب ــ فان قلنا تجب نفقته على الولد ــ وجب عليه اعفافه ، وان قلنا لا تجب نفقته عليه ففى اعفافه وجهان :

(أحدهما) لا يجب عليه اعفافه لأنه لا يجب عليه نفقته فلم يجب عليه اعفافه كالموسر .

(والثانى) يجب عليه اعفافه لأن نفقتـه يمكن ايجابها فى بيت المـال بخلاف الاعفاف . واذا وجب على الولد الاعفاف فهو بالخيار بين أن يملكه جارية يحل له وطؤها أو يدفع اليه مالا يشـترى به جارية أو يشـتريها له باذنه ؛ وفى عصرنا هذا لم يبق الا وجه واحد وهو أن يدفع اليه مالا ليتزوج به أو يتزوج له باذنه ، ولا يجوز أن يزوجه أمة لأنه صار مستغنياً به ، ولا يعفه بقبيحة ولا بعجوز لا استمتاع بها ، لأنه لا يحصل المقصود بذلك ، فان ملكه جارية أو دفع اليه مالا فتزوج به امرأة ثم أيسر الأب لم يلزمه رد ذلك ؛ لأنه قبض ذلك وهو يستحقه ، فان طلق الزوجة أو أعتق الأمة لم يلزم الولد أن يعفه ثانياً ؛ لأنه فوت ذلك على نفسـه ؛ وان ماتت الزوجة أو الأمة ففيـه وجهـان :

(أحدهما) لا يلزمه اعفافه ثانيا ، لأنه انما يجب عليه اعفافه مرة وقـد فعل (والثانى) يلزمه وهو الأصح لأنه لا صنع له فى تفويت ذلك .

مسـألة قوله : وان احتاج الولد الى الرضاع الخ ، فجملة ذلك أنها اذا ولدت ولداً وجب عليها أن تسقيه اللبن حتى يروى ، لأنه لا يعيش الا بذلك ، فان كان للطفل مال وجبت أجرة رضاعه فى ماله كما تجب نفقته اذا كان كبيراً فى ماله ، وان لم يكن مال وجبت أجرة ارضاعه على من تجب عليه نفقته لو كان كبيراً لقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ولا يجب ارضاعه الا فى حولين . لقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » وان كان الولد من زوجته والأب ممن يجب عليه نفقته لم تجبر الأم على ارضاعه وبه قال أبو حنيفة وأحمد .

وقال أبو ثور : تجبر على ارضاعه ، وعن مالك روايتان احداهما كقول أبى ثور ، والثانية وهى المشهورة عنه ان كانت شريفة لم تجبر على ارضاعه وان كانت دنية أجبرت على ارضاعه .

دليلنا قوله تعالى « فان تعاسرتم فسترضع له أخرى » واذا امتنعت فقد تعاسرت ولأنها لا تجبر على نفقة الولد مع وجود الأب فكذلك الرضاع .

اذا ثبت هذا فان تطوعت بارضاعه ــ فالأولى للأب ألا يمنعهـا من ذلك ؛ لأن الرضاع حق للولد ؛ والأم أشفق عليه ، ولبنها أصلح له ، وهل يلزمه أن يزيدها على نفقتها ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) لا يلزمه لأن نفقة الزوجة مقدرة بحال الزوج ، فلو قلنا يجب عليه الزيادة لأجل الرضاع لكانت نفقتها مقدرة بحالها فلم يلزمه ذلك ، كما لو كانت رغيبة الأكل فانه لا تلزمه الزيادة فى نفقتها •

(والثانى) تلزمه الزيادة على نفقتها ــ وهو قول أبى سعيد الاصطخرى وأبى اسحاق المروزى لقوله تعـالى « وعلى المولود له رزقهن وكسـوتهن بالمعروف » فخص حال الولادة بذكر ايجاب النفقة ولا فائدة بذكر وجوبها فى الولادة الا وجوب الزيادة ، ولأن العادة جرت أن المرضـعة تحتاج من الطعام أكثر من غيرها فعلى هذا يبحث الحاكم فى قدر الزيادة على ما يراه •

وان استأجر امرأته على الرضاع فهل يصح عقد الاجارة ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يصح ، وبه قال أحمد ؛ لأن كل عقد صح أن يعقده الزوج مع غير الزوجة صح أن يعقده مع الزوجة كالبيع •

(والثانى) لا يصح وهو المشهور ، ولم يذكر الشـيخ أبو حامد وابن الصـباغ غيره ، وكذلك لو اسـتأجرها لخدمة نفسـه ، لأن الزوج يملك الاسـتمتاع بها فى جميع الأوقات الا فى الأوقات المستحقة للعبـادات ، واذا أجرت نفسها لم تتمكن من ايفاء حقه الا بتعطيل حقـه من الاسـتمتاع فلم يصح ، كما لو آجر العبد نفسه من سيده ، فاذا قلنا بهذا واستأجرها على ارضاعه بعوض فأرضعته ، فهل تستحق أجرة المثل ؟ فيه وجهـان حكاهما ابن الصـباغ •

(أحدهما) لا تستحق ذلك لأنها لو استحقت أجرة فى ذلك لجاز لها عقد الإجارة لذلك •

(والثانى) تستحق أجرة المثل ؛ لأن هذه منفعة لا يجب عليها بذلها ؛ فاذا بذلتها بعوض ولم يحصل لها العوض وجب لها عوض المثل كسائر منافعها .

فرع وان أبان الرجل امرأته وله منها ولد يرضع لم يملك اجبارها على ارضاعه لأنه اذا لم يملك اجبارها على ارضاعه حال الزوجية لم يملك اجبارها بعد الزوجية ، فان تطوعت بارضاعه لم يجز للأب انتزاعه منها ؛ لأنه لا حق له فى استمتاعها : وان استأجرها على ارضاعه صح ذلك لقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ولأنه لا يملك الاستمتاع بها بخلاف ما لو استأجرها فى حال الزوجية ، فان طلبت منه أجرة المثل ولا يجد الأب من يرضعه بغير أجرة أو بدون أجرة المثل وجب عليه أن تستهلك لها ، ولم يجز له انتزاعه منها لأن الإرضاع حق للولد ، ولبن الأم أنفع له من لبن غيرها ؛ وان طلبت منه أكثر من أجرة المثل كان له انتزاعه منها لقوله تعالى « وان تعاسرتم فسترضع له أخرى » واذا طلبت منه أكثر من أجرة المثل فقد تعاسرت وان طلبت أجرة المثل ووجد الأب من يرضعه بدون أجرة المثل أو من ترضعه بغير أجرة فاختلف أصحابنا ، فمنهم من قال فيه قولان .

(أحدهما) أنه أحق برضاعته بأجرة المثل لقوله تعالى « فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » ولم يفرق ؛ ولأنه روى فى الحديث « الأم أحق بكفالة ولدها ما لم تتزوج » ولأن الرضاع حق للولد ولبن الأم أنفع له وأصلح فكانت أولى (والثانى) أن للأب أن ينتزعه لقوله تعالى « فان تعاسرتم فسترضع له أخرى » والتعاسر هو الشدة والتضايق .

قال القرطبى « وان تعاسرتم » أى فى أجرة الرضاع فأبى الزوج أن يعطى الأم رضاعها وأبت الأم أن ترضعه فليس له اكراهها ؛ وليستأجر مرضعة غير أمه ؛ وقيل معناه وان تضايقتم وتشاكستم فليسترضع لولده غيرها ؛ وهو خبر فى معنى الأمر .

وقال الضحاك . ان أبت الأم أن ترضع استأجر لولده أخرى ، فان لم يقبل أجبرت أمه على الرضاع بالأجر .

وذكر اختلاف الفقهاء على ثلاثة أقوال . فأورد قول علمائهم من المالكية أن رضاع الولد على الزوجة مادامت الزوجية ــ الا لشرفها وموضعها ــ فعلى الأب أى رضاعه يومئذ فى ماله . (والثانى) قال أبو حنيفة : لا يجب على الأم بحال . (والثالث) يجب عليها فى كل حال . ا هـ .

قال القاضى العمرانى من أصحابنا : واذا وجد الرجل من يرضعه بدون أجرة المثل أو بغير أجرة وطلبت الأم أجرة المثل فقد تعاسرت فكان له نزعه منها ، ولأن نفقة ارضاع الطفل كنفقة المراهق . ولو وجد من يتطوع بالإنفاق على المراهق لم يجب على الأب نفقته ، فكذلك اذا وجد من يتطوع بارضاع الطفل لا يجب عليه أجرة المثل .

وقال أبو اسحاق المروزى : للأب انتزاعه قولا واحداً ، والقول الآخر لا يعرف فى شىء من كتب الشافعى . وقال أبو حنيفة : للأب انتزاعه ولكن لا يسقط حق الأم من الحضانة ، فتأتى المرضعة وترضعه عند الأم . دليلنا أن الحضانة تابعة للرضاع ، فاذا سقط حقها من الرضاع سقط حقها من الحضانة .

فرع فان ادعى الأب أنه يجد من يرضعه بغير أجرة أو بدون أجرة ــ وقلنا : له انتزاعه ــ فان صدقته الأم أنه يجد ذلك كان له انتزاعه منها ، وان كذبته فالقول قوله مع يمينه ، فاذا حلف انتزعه من يد الأم ويسلم الى المرضعة ولا يمنع الأم من زيارته لقوله صلى الله عليه وسلم « لا توله والدة بولدها » .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ويجب على المولى نفقة عبده وامته وكسوتهما لما روى ابو هريرة رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « للمملوك طعامه وكسوته ولا يكلف من العمل الا ما يطيق » ويجب عليه نفقته من قوت البلد لانه هو المتعارف فان تولى طعامه استحب ان يطعمه منه لما روى ابو هريرة رضى الله عنه قال : قال ابو القاسم صلى الله عليه سلم : « اذا جاء احدكم**

خادمه بطعام فليجلسه معه فان لم يجلسه معه فليناوله أكلة أو أكلتين ، فانه تولى علاجه وحره » فان كانت له جارية للتسرى استحب ان ينوى كسوتها أعلى من كسوة جارية الخدمة ، لأن العرف ان تكون كسوتها أعلى فوق كسوة جارية الخدمة .

فصل ولا يكلف عبده وامته ما الخومة ما لا يطيقان لقوله صلى الله عليه وسلم : « ولا يكلفه من العمل ما لا يطيق ولا يسترضع الجارية الا ما فضل عن ولدها » ، لأن فى ذلك اضراراً بولدها ، وان كان لعبده زوجة اذن له فى الاستمتاع بالليل . لأن اذنه بالنكاح يتضمن الاذن فى الاستمتاع بالليل ، وان مرض العبد او الامة او عميا أو زمنا لزمه نفقتهما ، لأن نفقتهما بالملك ، ولهذا تجب مع الصغر فوجبت مع العمى والزمانة ، ولا يجوز أن يجبر على المخارجة لأن معاوضة فلم يملك اجباره عليها كالكتابة . وان طلب العبد ذلك لم يجبر المولى كما لا يجبر اذا طلب الكتابة ، فان اتفقا عليها وله كسب جاز لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم حجمه ابو طيبة فأعطاه أجره ، وسأل مواليه أن يخففوا من خراجه ، وان لم يكن له كسب لم يجز لأنه لا يقدر على أن يدفع اليه من جهة تحل فلم يجز .

اما الأحكام حديث أبى هريرة الأول أخرجه أحمد فى المسند ومسلم فى العتق عن حجاج ، وفى الأطعمة عن حفص بن عمر ، وقال « ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » .

وحديث أبى هريرة الثاني أخرجه البخارى ومسلم فى النذور والأطعمة وأبو داود فى الأطعمة عن عبد الله بن مسلمة القعنبى ، وكذا أخرجه أحمد فى مسنده وبقية أصحاب السنن بلفظ « اذا أتى أحدكم خادمه بطعامه ـ فان لم يجلسه معه ـ فليناوله لقمة أو لقمتين أو أكلة أو أكلتين ؛ فانه ولى حره وعلاجه » .

وحديث أبى طيبة الحجام واسمه دينار وهو مولى بنى حارثة ، وحديثه هذا أخرجه البخارى فى البيوع عن عبد الله بن يوسف ، وفى الإجارة عن محمد بن يوسف وعن آدم ، وفى الطب عن محمد بن مقاتل ، وأخرجه مسلم فى البيوع عن أحمد بن الحسن وعن يحيى بن أيوب وقتيبة وعلى بن حجر ،

وعن محمد بن يحيى بن أبى عمر وأخرجه أبو داود فى البيوع عن القعنبى ، وأخرجه الترمذى عن عدى بن حجر والطبرانى فى الجامع عن حميد الطويل .

أما اللغات فقوله : « اذا أتى أحدكم خادمه » بنصب أحدكم على المفعولية ونصب خادمه على الفاعلية ، والخـادم يطلق على الذكر والأنثى والحـر والمملوك . وقوله « علاجه » أى مزاولته لما استعصى من أموره ؛ ويقال لجبال الرمل علاج ، والحر جمع الحرة وهو الأرض ذات الحجـارة النخرة السوداء ، وهى أثر من آثار البراكين ، وهو كناية عن تحمله أموره الشاقة فى أبلغ تعبير لأنه يعالج له اعداد الطعـام ويعالجه له ويتحمل حرارة النار فى انضاجه .

أما الأحكام فانه يجب على المرء نفقة خادمه وكسوته لحـديث أبى هريرة فى الرجل الذى قال معى دينار ؛ قال أنفقه على نفسك . قال معى آخر ، قال أنفقه على ولدك ؛ قال معى آخر ؛ قال أنفقه على أهلك ؛ قال معى آخر ، قال أنفقه على خادمك . ولحديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » وهو اجماع لا خلاف فيه فان كان الخادم غير مكتسب ؛ بأن كان صغيراً أو مريضا أو كبيراً أو زمناً فنفقته على سيده .

ويجب أن يكون طعامه من قوت أهل البلد لقوله صلى الله عليه وسلم : « أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون » .

وان كان الخادم يقدم الطعام لسيده أو يلى اعداده واصلاحه . فيستحب للسيد أن يجلسه معه ويطعمه معه منه لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فليجلسه معه أو يطعمه منه لقمة أو لقمتين » ولأن الإنسان اذا تولى طعاماً اشتهى أن يأكل منه فاستحب أن يطعم منه كما يستحب لمن قسم الميراث أن يرزق من حضر القسمة منها ؛ وأيهما أفضل ؟

(أحدهما) أن الأفضل أن يجلسه معه ليأكل ، لأن النبى صلى الله عليـه وسلم بدأ به ، ولأنه اذا أكل معه أكل قدر كفـايته . ومنهم من قال : ليس

أحدهما أفضل من الآخر ؛ بل ان شاء أجلسه معه وان شاء أطعمه ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم خيره بين أن يجلسه معه وبين أن يغمس له لقمة أو لقمتين فى الأدم ، والأول أصح ، هكذا أفاده أصحابنا فى كتبهم ؛ وما بقى من الفصل فعلى وجهه ؛ وينبغى ألا يكلفه الا ما يطيق الدوام عليه لا ما يطيق يوماً أو يومين أو ثلاثة ثم يعجز هكذا قال الشافعى فى الأم والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **ومن ملك بهيمة لزمه القيام بعلفها لما روى ابن عمر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « عذبت امراة فى هرة ، حبستها حتى ماتت جوعا فدخلت فيها النار ـ فقيل لها والله اعلم ـ لا أنت أطعمتها وسقيتها حين حبستها ، ولا انت ارسلتها حتى تاكل من خشاش الأرض حتى ماتت جوعا » ولا يجوز له ان يحمل عليها ما لا تطيق ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم منع أن يكلف العبد ما لا يطيق فوجب ان تكون البهيمة مثله ، ولا يحلب من لبنها الا ما يفضل على ولدها لأنه غذاء الولد فلا يجوز منعه .**

فصل **وان امتنع من الانفاق على رقيقة او على بهيمة اجبر عليه كما يجبر على نفقة زوجته ، وان لم يكن له مال اكرى عليه ان امكن اكراؤه ، فان لم يمكن بيع عليه كما يزال الملك عنه فى امراته اذا اعسر بنفقتهما ، والله اعلم) .**

الشرح الحديث الأول أخرجه مسلم فى صحيحه عن أبى كريب فى الحيوان من حديث أبى هريرة ، وأخرجه أيضاً فى التوبة عن محمد بن رافع وعبد بن حميد من حديث أبى هريرة بلفظ المصنف مضى فى الفصل قبله .

اما اللغات فقوله « من خشاش الأرض » أى من حشراتها ووزغها ومادته خش ، وخش فى الشىء دخل فيه .

قال زهير : فخششت بها خلال الفدفد

وفى حديث عبد الله بن أنيس ، فخرج يمشى حتى خش فيهم ، ومنه يقال لما يدخل فى أنف البعير خشاش ، وقال ابن شميل الخشاش حية صغيرة سمراء

أصغر من الأرقم • وقال أبو خيرة : الخشاش حية بيضاء قلما تؤذى ، وقال أبو عبيد فى حديث « أن امرأة ربطت هرة فلم تطعمها ولم تدعهـا تأكل من خشاش الأرض » قال يعنى من هوام الأرض وحشراتها ودوابها وما أشبهها • قال فى النهاية فى الحديث : أى هوامها وحشراتها الواحدة خشاشة ، وفى رواية من خشيشها ، وهى بمعناه ، ويروى بالحاء المهملة وهو يابس النبات ؛ وهو وهم • وقيل انما هو خشيش بضم الخاء المعجمة تصـغير خشاش على الحذف وخشيش من غير حذف ومنه حديث العصـفور « لم ينتفع بى ولم يدعنى أختش من الأرض » أى آكل من خشاشها •

اما الأحكام فان من ملك بهيمة لزمه القيام بعلفها سواء كانت ممـا تؤكل أو مما لا تؤكل ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اطلعت فى النار ليلة أسرى بى فرأيت امرأة فيها ، فسألت عنها فقيل انها ربطت هرة لم تطعمها ولم تسقها ؛ ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض حتى ماتت فعذبها الله بذلك ، واطلعت فى الجنة فرأيت امرأة مومسة (يعنى زانية) فسألت عنها فقيل : انها مرت بكلب يلهث من العطش فأرسلت ازارها فى بئر ثم عصرته فى حلقة فغفر الله لها بذلك » وقد نهى رسـول الله صلى الله عليه وسلم عن تعذيب الحيوان ؛ وقال « فى كل كبد حرى أجر » •

فلو قلنا لا يجب الإنفاق عليها أسقطنا حرمتها ، فان كانت فى المصر لزمه الإنفاق عليها ؛ وان كان فى الصحراء ـــ فان كان بها من الكلأ ما يقوم بكفايتها فخلاها للرعى ـــ لم يجب عليه العلف لأنها تجتزىء على عادة أهل مصر ؛ لأن صحاريها يقل فيها العلف •

وقال الخراسانيون : ان كانت البهيمة مشقوقة الشفة العليا فانها تجتزىء بالكلأ عن العلف ، وان كانت غير مشقوقة الشفة العليا فلا تجتزىء بالرعى ولابد من علفها ، وان لم يكن بها من الكلأ ما يقوم بها لزمه من العلف ما يقوم بها فان لم يعلفها ـــ فان كانت مما يؤكل ـــ كان له أن يذبحها وله أن يبيعها ، وان كانت مما لا يؤكل كان له بيعها ـــ فان امتنع من ذلك أجبره السلطان على علفها أو بيعها أو ذبحها ان كانت مما يؤكل ، ولولى الأمر أن يخصص

مراحا يعلفها فيه ويداوى مرضاها على نفقة صاحبهـا ؛ وله أن يخصص من البياطرة من ينزعون الدواب من أيدى المقصرين فى حقها وردها اليهم بعـد شفائها عليهم أو اجباره على بيعها • وقال أبو حنيفة لا يجبره على ذلك بل يأمره به كما يأمره بالمعروف وينهاه عن النكر ودليلنا أنها نفقـة واجبة فاذا امتنع منها أجبره ولى الأمر على أدائها كنفقة العبد وان كان للبهيمة ولد لم يحلب من لبنها الا ما فضل من ولدها ؛ لأن لبنها غذاء للولد فلا يجوز منعه منه كما قلنا فى الجارية • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الحضـــانة

اذا افترق الزوجان ولهمـا ولد بالغ رشـيد فله أن ينفرد عن ابويه لأنه مستغن عن الحضانة والكفالة ، والمستحب ان لا ينفرد عنهما ولا يقطـع بره عنهما • وان كانت جارية كره لها ان تنفرد ، لأنها اذا انفردت لم يؤمن ان يدخل عليها من يفسدها ، وان كان لهما ولد مجنون او صغير لا يميز ، وهو الذى له دون سبع سنين ، وجبت حضانته ، لأنه ان ترك حضانته ضاع وهلك •

فصـــل ولا تثبت الحضانة لرقيق لانه لا يقدر على القيام بالحضانة مع خدمة المولى ، ولا تثبت لمعتوه لانه لا يكمل للحضانة ولا تثبت لفاسق ، لانه لا يوفى الحضانة حقهـا ، ولأن الحضانة انمـا جعلت لحظ الولد فى حضـانة الفاسق ، لانه ينشأ على طريقته ، ولا تثبت لكافر على مسلم •

وقال ابو سعيد الاصطخرى : تثبت للكافر على المسلم ؛ لمـا روى عبـد الحميد بن سلمة (١) عن أبيـه انه قال : « اسلم أبى وابت امى ان تسلم وانا غلام ، فاختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا غلام اذهب الى ايهما شئت ، ان شئت الى ابيك ، وان شئت الى امك ، فتوجهت الى امى ، فلما رآنى النبى صلى الله عليه وسلم سمعته يقول اللهم اهده فملت الى أبى فقعدت

---

(١) هكذا بالمتن المطبوع ، والصواب عبد الحميد بن جعفر ، وهو ما اعتمدناه فى الشرح ، وقد وجدنا كثيراً من الفقهاء يتابعون أبا اسحاق فى كونه ابن سلمة كالعمرانى فى البيان ، وهذا خطأ ، والصواب ما اعتمدناه هنا . أما عبد الحميد ابن سلمة الأنصارى فيقال هو ابن يزيد بن سلمة وهو مجهول ، المطيعى

في حجره » والمذهب الأول ، لأن الحضـانة جعلت لحفظ الولد ولا حفظ للولد المسلم في حضانة الكافر ، لأنه يفتنه عن دينه وذلك من أعظم الضرر ، والحديث منسوخ ، لأن الأمة أجمعت على أنه لا يسلم الصبى المسـلم الى الكافر ، ولا حضانة للمرأة اذا تزوجت ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العـاص « ان امرأة قالت يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وثديى له سقاء ، وحجرى له حواء ، وان أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انت أحق به ما لم تنكحى » ولأنها اذا تزوجت اشتغلت باستمتاع الزوج عن الحضانة . فان اعتق الرقيق وعقل المعتوه وعدل الفاسق ، وأسلم الكافر عاد حقهم من الحضانة ، لأنها زالت العلة فعادت بزوال العلة ، واذا طلقت المرأة عاد حقها من الحضانة .

وقال المزنى ان كان الطلاق رجعياً لم يعد لأن النكاح باق ، وهذا خطأ لأنه انما سقط حقها بالنكاح لاشتغالها باستمتاع الزوج ، وبالطلاق الرجعى يحرم الاستمتاع كما يحرم بالطلاق البائن ، فعادت الحضانة .

فصـــل ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوى الأرحام وهم ابن البنت وابن الأخت وابن الأخ من أم وأبو الام والخـال والعم من الإم لان الحضانة انما تثبت للنساء لمعرفتهن بالحضانة أو لمن له قوة قرابة بالميراث من الرجال وهذا لا يوجد في ذوى الأرحام من الرجال ولا يثبت لمن أدلى بهم من الذكور والاناث ، لأنه اذا لم يثبت لهم لضعف قرابتهم فلأن لا يثبت لمن يدلى بهم أولى) .

الشرح حديث عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان وهو أبو الحكم الأنصارى الأوسى . أخرجه أبو داود في الطلاق عن ابراهيم بن موسى الرازى والنسائى في الطلاق أيضا عن محمود بن غيلان . ورواه أحمد بلفظ « قال أخبرنى أبى عن جدى رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فقال ابنتى وهى فطيم أو شبهه ، وقال رافع ابنتى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقعد ناحية ، وقال لها اقعدى ناحية ، فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعوها فمالت الى أمها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « اللهم اهدها فمالت الى أبيها فأخذها » .

ووقعت هذه الصيغة في رواية عند أبى داود ، كما وردت بلفظ « فجاء بابن له صغير » وأخرجه بلفظ الأنثى النسائى وابن ماجه والدارقطنى وفى

اسناده اختلاف كثير وألفاظه مختلفة مضطربة : وقد رجح ابن القطان رواية الابن • وقال ابن المنذر : لا يثبته أهل النقل وفى اسناده مقال •

قلت : قد صححه الحاكم وذكر الدارقطنى أن البنت المخيرة اسمها عميرة•

وقال ابن الجوزى : رواية من روى أنه كان غلاماً أصح • وقال ابن القطان : لو صحت رواية من روى أنها بنت لاحتمل أنهما قصتان لاختلاف المخرجين •

وقد اختلف النقاد فى عبد الحميد بن جعفر ، فقال ابن حجر فى التقريب صدوق رمى بالقدر وربما وهم • وقال الذهبى فى الميزان : عبد الحميد بن جعفر عن أبيه ونافع ومحمد بن عمرو بن عطاء وعنه يحيى القطان وأبو عاصم وعدة • قال النسائى ليس به بأس ، وكذا قال أحمد • وقال ابن معين ثقة ، وقد نقم عليه الثورى خروجه مع محمد بن عبد الله • وقال أبو حاتم لا يحتج به ؛ وقيل كان يرى القدر والله أعلم ، نعم قال على بن المدينى : كان يقول بالقدر ؛ وهو عندنا ثقة ، وكان سفيان يضعفه • اهـ •

أما حديث عبد الله بن عمرو فقد رواه أحمد بلفظ « أن امرأة قالت يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء وزعم أبوه أنه ينتزعه منى ؛ فقال أنت أحق به ما لم تنكحى » وأخرجه أبو داود فى الطلاق عن محمد بن خالد ولكن فى لفظه « وان أباه طلقنى وزعم أنه ينتزعه منى » وأخرجه البيهقى والحاكم وصححه ، وهو من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده •

اما اللغات فان الحضانة مشتقة من الحضن وهو ما دون الإبط الى الكشح • وقيل هو الصدر والعضدان وما بينهما ، والجمع أحضان ومنه الاحتضان ؛ وهو احتمالك الشيء وجعله فى حضنك ؛ كما تحتضن المرأة ولدها فتحتسله فى أحد شقيها وفى الحديث أنه خرج محتضناً أحد ابنى ابنته ، أى حاملا له فى حضنه ، والحضن الجنب وهما حضنان • وفى حديث أسيد بن

الحضير أنه قال لعامر بن الطفيل اخرج بذمتك لئلا أنفذ حضنيك ، والمحتضن الحضن . قال الكميت :

كما خامرت فى حضنها أم عامر   لدى الحبل حتى غال أوس عيالها

وحضنا الليل جانباه ، وحضن الجبل ما يطيف به ، وفى حديث على كرم الله وجهه « عليكم بالحضنين » يريد بجنبتى العسكر ، وحضن الطائر بيضه وعلى بيضه يحضن حضناً وحضانة وحضاناً وحضوناً وجن عليه للتفريخ . قال الجوهرى حضن الطائر بيضه اذا ضمه الى نفسه تحت جناحيه ، وكذلك المرأة اذا حضنت ولدها ، وحمامة حاضن بغير هاء ، واسم المكان المحضن ، والمحضنة المعمولة للحمامة كالقصعة الروحاء من الطين . وحضن الصبى يحضنه حضناً رباه ، والحاضن والحاضنة الموكلان بالصبى يحفظانه ويربيانه. وفى حديث عروة بن الزبير « عجبت لقوم طلبوا العلم حتى اذا نالوا منه صاروا حضاناً لأبناء الملوك » أى مربين وكافلين ، وحضان جمع حاضن ؛ لأن المربى والكافل يضم الطفل الى حضنه وبه سميت الحاضنة ؛ وهى التى تربى الطفل ؛ والحضانة بالفتح فعلها، والحجر بمعنى وحواء أى يحويه ويحيط به.

اما الاحكام فاذا بانت الزوجة وبينهما ولد ـــ فان كان بالغاً رشيداً لم يجبر على الكون معأحدهما ؛ بل يجوز له أن ينفرد عنهما ؛ الا أن المستحب له أن لا ينفرد عنهما لئلا ينقطع بره وخدمته عنهما . وهل يكره له الانفراد عنهما ؟ ينظر فيه ــ فان ان رجلا ــ لم يكره له الانفراد عنهما وان كانت امرأة ؛ فان كانت بكراً ؛ كره لها الانفصال عنهما لأنها لم تجرب الرجال ولا يؤمن أن تخدع وان كانت ثيباً فارقها زوجها لم يكره لها الانفراد عنهما لأنها قد جربت الرجال ولا يخشى عليها أن تخدع .

وقال مالك : يجب على الابنة أن لا تفارق أمها حتى تتزوج ويدخل بها الزوج دليلنا أنها اذا بلغت رشيدة فقد ارتفع الحجر عنها ، فكان لها أن تنفرد بنفسها ولا اعتراض عليها ، كما لو تزوجت ثم بانت عنه ، وان كان الولد صغيراً لا يميز وهو الذى له دون سبع سنين أو كبيراً الا أنه مجنون أو ضعيف العقل وجبت حضانته ؛ لأنه اذا ترك منفرداً ضاع .

ولا تثبت الحضـــانة لمعتوه ــ وهو ناقص العقــل ــ ولا لمجنون لأنه لا يصلح للحضانة ، ولا تثبت الحضانة لفاسق لأنه لا يؤمن أن ينشأ الطفل على منزعه ، وان كان أحــد الأبوين مســلما فالولد مسلم ولا تثبت عليه الحضانة للكافر . وقال أبو سعيد الاصطخرى تثبت الحضانة للكافر على المسلم لحديث عبد الحميد بن جعفر عن أبيه ، وقد أوردنا طرقه آنفا ، وقد قال المصنف : انه منسوخ . ونقول : ان هــذا الحديث استدل به القائلون بثبوت الحضانة للأم الكافرة كأبى حنيفة وأصحابه وابن القــاسم المالكى وابو ثور . وذهب الجمهور الى أنه لا حضانة للكافرة على ولدها المسلم .

وأجابوا عن الحديث بما تقدم من المقال فيه وبما فيه من الاضطراب ، ولكن الحديث بأسانيده وطرقه يصلح للاحتجاج به ؛ والاضطراب ممنوع باعتبار محل الحجة وهو كفر الأم وثبوت التخيير . وهذان العنصران هما ما يدور حولهما الحكم . ولعل المصنف يحتج فى النسخ بأدلة عامة ، كقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » وبنحو « الإســلام يعلو » وقد استدل ابن القيم بقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا قوا أنفسكم وأهليكم ناراً » على أن المراعى أولا فى التخيير أو الاستهام بالقرعة ما هــو أصلح للصغير . وان أيا ما كان الأمر من التخيير أو التعيين أو الاقتراع ؛ فان أولئك مقيد بقوله تعالى « قوا أنفسكم وأهليكم ناراً » .

وحكى عن شيخه ابن تيمية أنه قال : تنازع أبوان صبيا عند الحاكم فخير الولد بينهما فاختار أباه ؛ فقالت أمه : سله لأى شىء يختاره ؟ فسأله فقال : أمى تبعثنى كل يوم للكاتب والفقيه يضربانى وأبى يتركنى ألعب مع الصبيان فقضى به للأم . ورجح هذا ابن تيمية .

فاذا كانت روح الشرع تقضى بمراعاة صالح الصغير ، فان مما لا شك فيه أن القاءه فى أحضان الكفر قضاء على صلاحه دنيــا وأخرى . ومن ثم يتعين خطأ أبى ســعيد الاصطخرى وأبى حنيفــة وأصحابه وابن القــاسم وأبى ثور .

وقال العمرانى : ان الحضانة لحظ الولد ولا حظ له فى حضانة الكافر ،

لأنه لا يؤمن أن يفتن عن دينه • ثم قال : أما الحديث فهو معروف عند أهل النقل وان صح فيحتمل أن يكون النبى صلى الله عليه وسلم علم أنه سيختار أباه ، فلهذا خيره ، فيكون ذلك خاصا لذلك الولد دون غيره اهـ •

فرع واذا تزوجت المرأة سقط حقها من الحضانة • وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الحسن البصرى : لا يسقط حقها لقوله تعالى « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم » ولأن النبى صلى الله عليه وسلم تزوج أم سلمة ومعها بنتها زينب فكانت عندها •

وروى ابن عباس أن عليا وجعفر ابنى أبى طالب وزيد بن حارثة تنازعوا فى حضانة ابنة حمزة بن عبد المطلب ، واختصموا الى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال جعفر : أنا أحق بها أنا ابن عمها وخالتها تحتى ، وقال على أنا أحق بها أنا ابن عمها وابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم تحتى – يعنى ابنة ابن عمها ، وقال زيد أنا أحق بها لأنها ابنة أخى – وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم آخى بين زيد بن حارثة وحمزة – فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال الخالة أم • فقضى بها للخالة وهى مزوجة •

ودليلنا ما روى عبد الله بن عمرو « أن امرأة أتت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وحجرى له حواء ، وثديى له سقاء ، وان أباه طلقنى ويريد أن ينزعه منى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحى » •

وروى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الأم أحق بولدها ما لم تتزوج » ولأنها اذا تزوجت استحق الزوج الاستمتاع بها الا فى وقت العبادة ، فلا تقوم بحضانة الولد • وأما الآية فالمراد بها اذا لم يكن هناك أب أو كان ورضى وأما زينب وابنة حمزة فلأنه لم يكن هنالك من النساء من تستحق الحضانة خالية من الأزواج •

اذا ثبت هذا فان طلقت الزوجة طلاقا بائنا أو رجعيا عاد حقها من الحضانة وقال مالك : لا يعود حقها من الحضانة بحال •

وقال أبو حنيفة والمزنى : ان كان الطلاق بائنا عاد حقها ، وان كان رجعيا لم يعد حقها ؛ لأن الزوجية باقية بينهما ؛ ودليلنا أن حقها انما سقط لاشتغالها عن الحضانة باستمتاع الزوج • ولا يملك الزوج الاستمتاع بها بعد الطلاق البائن والرجعى ؛ فعاد حقها من الحضانة •

وان أعتق الرقيق ، أو عقل المجنون والمعتوه ، أو عدل الفاسق ، أو أسلم الكافر عاد حقهم من الحضانة ؛ لأن الحضانة زالت بمعنى ؛ وقد زال المعنى فعادت الحضانة •

مسـألة قوله « ولا حضانة لمن لا يرث من الرجال من ذوى الأرحام » وهذا صحيح مثل ابن الأخت وابن الأخ للأم وأبى الأم والخال وابن العم لأنه ذكر لا يرث فأشبه الأجنبى • وقال المصنف هنا : ولا تثبت الحضانة لابن البنت • وهذا الذى قاله لا يتصور فى حضانة الصغير ؛ وانما يتصور فى الكبير والمجنون لأنا قد قلنا يجب حضانته كما يجب حضانة الصغير ؛ ولا تثبت الحضانة لمن أدلى من النساء والرجال بهؤلاء الرجال ؛ لأن الحضانة اذا لم تثبت لهم بأنفسهم لم تثبت لمن أدلى بهم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـل وان اجتمع النساء دون الرجال وهن من أهل الحضانة فالأم احق من غيرها ، لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « أنت احق به ما لم تنكحى » ولانها اقرب اليه واشفق عليه • ثم تنتقل الى من يرث من امهاتها • لمشاركتهن الأم فى الولادة والارث • ويقدم الأقرب فالأقرب • ويقدمن على امهات الاب وان قربن لتحقق والاذتهن ، ولانهن أقوى فى الميراث من امهات الأب • لأنهن لا يسقطن بالاب • وتسقط امهات الاب بالأم ، فاذا عدم من يصلح للحضانة من امهات الأم ففيه قولان • قال فى القديم تنتقل الى الاخت والخالة • ويقدمان على ام الأب • لما روى البراء بن عازب رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى بنت حمزة لخالتها وقال الخالة بمنزلة الأم » ولان الخـالة تدلى بالام • وأم الاب تدلى بالاب • والام تقدم على الاب فقدم من يدلى بهـا على ما يدلى به • ولان الأخت ركضت مع الولد فى الرحم • ولم تركض ام الأب معه فى الرحم • فقدمت عليهـا • فعلى

هذا تكون الحضانة للأخت من الأب والأم . ثم الاخت من الام ثم الخالة ثم لام الأب ثم للأخت من الأب ثم للعمة .

وقال فى الجديد : اذا عدمت امهات الام انتقلت الحضانة الى ام الاب وهو الصحيح . لانها جدة وارثة فقدمت على الأخت والخالة كام الام . فعلى هـذا تكون الحضانة لأم الاب ثم لامهاتها وان علون . الاقرب فاقرب . ويقدمن على ام الجد كما يقدم الأب على الجد . فان عدمت امهات الأب انتقلت الى امهات الجد ثم الى امهاتها وان علون . ثم تنتقل الى امهات اب الجـد . فاذا عدم امهات الأبوين انتقلت الى الأخوات ويقدمن على الخـالات والعمـات . لانهن راكضن الولد فى الرحم وشاركنه فى النسب . وتقدم الاخت من الاب والأم ثم الاخت للاب ثم الاخت للام .

قال ابو العبـاس بن سريج . تقـدم الأخت للأم على الأخت للأب . لان احداهما تدلى بالام والأخرى تدلى بالاب . فقدم المدلى بالام على المدلى بالاب كما قدمت الام على الاب ، وهذا خطأ ، لان الاخت من الاب اقوى من الاخت من الأم فى الميراث والتعصيب مع البنـات ، ولأن الاخت من الاب تقوم مقـام الأخت من الأب والام فى الميراث ، فقامت مقامهـا فى الحضـانة ، فان عدمت الاخوات انتقلت الى الخالات ، ويقدمن على العمات ، لأن الخالة تساوى العمة فى الدرجة وعدم الارث وتدلى بالأم ، والعمة تدلى بالاب ، والام تقـدم على الاب فقدم من يدلى بها ، وتقدم الخالة من الأب والأم على الخالة من الاب ، ثم الخالة من الاب ثم الخالة من الام ، ثم تنتقـل الى العمات لأنهن يدلين بالاب ، وتقدم العمة من الاب والام ثم العمة من الاب ثم العمة من الام ، وعلى قيـاس قول المزنى وابى العباس تقدم الخالة والعمة من الام على الخـالة والعمة من الأب) .

الشرح حديث عبد الله بن عمرو مضى تخريجه آنفاً . أما حديث البراء بن عازب فقد أخرجه البخارى فى الحج وفيه « اعتمر النبى صلى الله عليه وسلم فى ذى القعدة قبل أن يحج » وفيه قوله لجعفر « أشبهت خلقى وخلقى » وفيه صلح المشركين يوم الحديبية ؛ وأخرجه فى الجزية عن أحمد ابن عثمان بن حكيم » وفى الصلح عن عبيد الله بن موسى وعن محمـد بن بشار . وأخرجه مسلم فى المغازى عن محمد بن المثنى ومحمد بن بشار وعن عبيد الله بن معاذ وعن اسحاق بن ابراهيم وأحمد بن خبـاب وأبو داود فى الحج عن أحمـد بن حنبل والترمذى فى الحج عن عباس بن محمد الدورى وفى البر عن سفيان بن وكيع وعن محمد بن أحمد بن بدوية وفى المناقب عن

محمد بن اسماعيل البخارى . ورواه أحمد من حديث على وفيه « والجارية عند خالتها فان الخالة والدة » وأخرجه عن على أبو داود والحاكم والبيهقى بمعناه واللفظ المتفق عليه فى رواية أحمد والبخارى ومسلم « أن ابنة حمزة اختصم فيها على وجعفر وزيد ، فقال على : أنا أحق بها هى ابنة عمى وقال جعفر بنت عمى وخالتها تحتى . وقال زيد : ابنة أخى ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال « الخالة بمنزلة الأم » .

قوله « وخالتها تحتى » يعنى أسماء بنت عميس وقد طعن ابن حزم فى حديث البراء فى كتابه المحلى وقال فى اسناده اسرائيل وقد ضعفه على بن المدينى ؛ وقد رد عليه أنه قد وثقه سائر أهل الحديث ؛ ولا يضره أن ينفرد ابن المدينى بتضعيفه وقد تعجب أحمد بن حنبل من حفظه وقال ثقة .

وقال أبو حاتم هو أتقن أصحاب أبى اسحاق ، وكفى باتفاق الشيخين على اخراج هذا الحديث دليلا .

اما الأحكام فاذا اجتمع النساء من القرابة وهن يصلحن للحضانة ، أو لا رجل معهن وتنازعن فى حضانة المولود قدمت الأم على غيرها لقوله صلى الله عليه وسلم « الأم أحق بولدها ما لم تتزوج » ولأنهـا أقرب اليه وأشفق عليه ، فان عدمت الأم انتقلت الحضانة الى أمها ثم الى أم أمها وان علت . فأما أمهات أبيها فلا مدخل لهن فى الحضانة ؛ فان عدمت الجدات من قبل الأم ففيه قولان .

قال فى القديم تنتقل الحضانة الى الأخوات والخالات وتقدمن على أمهات الأب لأنهن يدلين بالأم ؛ وأمهات الأب يدلين بالأب ، والأم تقدم على الأب فقدم من يدلى بها على من يدلى بالأب ؛ فعلى هـذا تكون الحضانة للأخت للأب والأم ويقدمان على الخالة لأنهما أقرب لكونهما ركضا مع الولد فى رحم واحد ثم ينتقل الى الخالة لقوله صلى الله عليه وسلم « الخالة أم » فتكون الحضانة للخالة للأب والأم ثم للخالة للأب ، فاذا عدمت الأخوات للأب والأم أو للأم والخالات انتقلت الحضانة الى أم الأب ثم الى أمهاتها

ثم تنتقل الى الأخت للأب ثم الى العمة ، ويقدمان على أمهات الجد ، لأن الأب أقرب من الجد فيقدم من يدلى به على من يدلى بالجد . ثم تنتقل الى أمهات الجد الوارثات الأقرب فالأقرب وكذا الشيخ أبو اسحاق هنا .

قال الشوكاني في النيل : واستشكل كثير من الفقهاء وقوع القضاء منه صلى الله عليه وسلم لجعفر وقالوا : ان كان القضاء له فليس بمحرم لها ، وهو وعلى سواء في قرابتها ، وان كان القضاء للخالة فهى مزوجة والزواج مسقط لحقها من الحضانة فسقوط حق الخالة بالزواج أولى .

وأجيب عن ذلك أن القضاء للخالة والزواج لا يسقط حقها من الحضانة مع رضا الزوج كما ذهب اليه أحمد والحسن البصرى والامام يحيى وابن حزم . وقيل ان النكاح انما يسقط حضانة الأم وحدها حيث كان المنازع لها الأب ، ولا يسقط حق غيرها ولا حق الأم حيث كان المنازع لها غير الاب ، وبهذا يجمع بين حديث البراء وحديث عبد الله بن عمرو . اهـ .

قال ابن الصباغ والطبرى : تقدم الأخت للأب على الأخت للأم على هذا أيضا وقال في الجديد : اذا عدم من يصلح للحضانة من أمهات الأم انتقلت الحضانة الى أمهات الأب الوارثات . فان عدم من يصلح لها من أمهات الأب انتقلت الى أمهات الجد ثم الى أمهات أبى الجد ، فان عدم من يصلح لها من الجدات من قبل الأب انتقلت الى الأخوات . وبه قال أبو حنيفة — وهو الأصح — لأنهن جدات وارثات فقدمن على الأخوات كالجدات من قبل الأم . ويقدم الأخوات على الخالات والعمات لأنهن أقرب فتكون الحضانة للاخت للأب والأم ثم الأخت للاب ثم للاخت للام لأنهن أقرب .

وقال أبو حنيفة والمزنى وأبو العباس بن سريج تقدم الأخت للأم على الأخت للأب لأنها تدلى بالأم . والأخت للأب تدلى بالأب . فقدم من تدلى بالأم على من تدلى بالأب . كما نقدم الأم على الأب والمذهب الأول . لأن الأخت للأب تقوم مقام الأخت للأب والأم في التعصيب فقامت مقامها في الحضانة . ثم تنتقل الى الخالات ويقدمن على العمات لأنهن يدلين بالأم

فتكون الحضانة للخالة للأب والأم ثم للخالة للأب ثم للخالة للام ثم للعمة للاب والام ثم للعمة للاب ثم للعمــة للأم • وعلى قول من قدم الأخت للام على الأخت للاب تقدم الخالة والعمة للأم على الخـالة والعمة للاب • والذى يقتضى المذهب أن الحضانة لا تنتقل الى الخالات الا بعد عدم بنـات الأخ وبنات الأخت لأنهن اقرب • ولا تنتقل الحضانة الى العمات الا بعـد عدم بنات الخالات •

باب قدر (١) نفقة الزوجات

فصـــل وان اجتمع الرجال وهم من أهل الحضانة وليس معهم نساء قدم الأب • لأن له ولادة وفضل شـفقة • ثم تنتقـل الى آبائه الاقرب فالاقرب لمشاركتهم الاب فى الولادة والتعصيب • فان عدم الاجداد انتقلت الى من بعدهم من العصبات • ومن اصحابنا من قال لا يثبت لغير الآباء والاجداد من العصـبات لانه لا معرفة لهم فى الحضـانة ولا لهم ولاية بانفســهم فلم تكن لهم حضانة كالأجانب والمنصوص هو الاول • والدليل عليه ما روى البراء بن عازب رضى الله عنه « انه اختصم فى بنت حمـزة على وجعفر وزيد بن حارثة رضى الله عنهم • فقال على عليه الســلام انا احق بهـا وهى بنت عمى • وقال جعفر : ابنة عمى وخالتها عندى وقال زيد بنت اخى • فقضى بهـا رسول الله صلى الله عليه وسلم لخالتها ، وقال : الخالة بمنزلة الام » ولو لم يكن ابن العم من أهل الحضانة لانكر النبى صلى الله عليه وسلم على جعفر ، وعلى على رضى الله عنهما ادعاءهما الحضانة بالعمومة ، ولان له تعصـيبا بالقرابة فثبتت له الحضانة كالأب والجد ، فعلى هذا تنتقل الى الأخ من الاب والام ، ثم الى الاب من الاب ، ثم الى ابن الاخ من الأب والام ، ثم الى ابن الاخ من الاب ، ثم الى العم من الاب ثم الى ابن العم من الأب والام ، ثم الى ابن العم من الاب ، لان الحضانة تثبت لهم بقوة قرابتهم بالارث فقدم من تقدم فى الارث) •

الشرح الأحكام : اذا اجتمع الرجال ولا نساء معهم وهم من أهل الحضانة قدم الأب على غيره من الرجال لأن له ولاية عليه ثم تنتقل الى آبائه الوارثين الأقرب فالأقرب ؛ لأنهم يلون عليه بأنفسهم فقاموا مقام الأب ؛ وهل تثبت الحضانة لغيرهم من العمات ؟ فيه وجهان • من أصحابنا من قال لا تثبت لهم الحضانة لأنه لا معرفة لهم فى الحضـانة ولا يلون عن ماله بأنفسهم فلم يكن لهم حق الحضانة كالأجانب الا أن لهم تأديب الولد وتعليمه •

ومنهم من قال تثبت لهم الحضانة وهو المنصوص ؛ لأن علياً وجعفر ادعيا حضانة ابنة حمزة بكونهما ابنى عم بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم ولم ينكر النبى عليه السلام عليهما دعواهما بذلك .

وروى عمارة الجرمى قال « خيرنى على رضى الله عنه بين عمى وأمى » ولأن له تعصيبا بالقرابة فثبتت له الحضانة كالأب والجد ، فعلى هذا اذا عدم الأجداد — قال المصنف — انتقلت الحضانة الى الأخ للأب والأم ثم الى الأخ للأب ثم الى ابن الأخ للأب والأم ثم الى ابن الأخ للأب ثم الى العم للأب والأم ثم الى العم للأب ثم الى ابنى العم .

وقال ابن الصباغ : تنتقل الى الأخ للأب والأم ثم الى الأخ للأب ثم الى الأخ للأم . قال : وعلى قول أبى العباس حيث قدم الأخت للأم على الأخت للأب يكون ههنا وجهان .

(أحدهما) لا يقدم الأخ للأم على الأخ للأب لأنه ليس من أهل الحضانة بنفسه وانما يستحق بقرابته بالأم والأخ للأب أقوى فقدم عليه .

(والثانى) يقدم لإدلائه بالأم وهى أقرب من الأب فقدم من يدلى بها على من يدلى بالأب ثم بنوه الإخوة وان سفلوا ثم العم ، ثم بنو العم ثم عم الأب ثم بنوه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اجتمع الرجال والنساء والجميع من أهل الحضانة نظرت ، فان اجتمع الأب مع الأم كانت الحضانة للأم ، لان ولادتها متحققة وولادة الأب مظنونة ، ولان لها فضلا بالحمل والوضع ولها معرفة بالحضانة فقدمت على الأب ، فان اجتمع مع أم الأم وان علت كانت الحضانة لام الام لانها كالام فى تحقق الولادة والميراث ومعرفة الحضانة ، وان اجتمع مع ام نفسه او مع الاخت من الأب او مع العمة قدم عليهن لانهن يدلين به فقدم عليهن ، وان اجتمع الاب مع الاخت من الام او الخالة ففيه وجهان :

(أحدهما) أن الأب أحق ، وهو ظاهر النص ، لأن الأب له ولادة وارث فقدم على الأخت والخالة كالام .

(والثانى) وهو قول ابى سعيد الاصطخرى انه يقدم الاخت والخالة على الأب لانهما من أهل الحضانة والتربية ويدليان بالأم فقدمتا على الاب كأمهات الام . وان اجتمع الاب وام الاب والاخت من الام أو الخالة بنينا على القولين فى الاخت من الأم والخالة اذا اجتمعا مع أم الأب ، فان قلنا تقوله القديم ان الاخت والخالة يقدمان على ام الاب ، قدمت الأخت والخالة على الأب وام الأب ، وان قلنا بقوله الجديد ان ام الأب تقدم على الأخت والخالة ، بنينا على الوجهين فى الاب اذا اجتمع مع الاخت من الام او الخالة ، فان قلنا بظاهر النص ان الأب يقدم عليهما كانت الحضانة للأب لانه يسقط الاخت والخالة وام نفسه فانفرد بالحضانة ، وان قلنا بالوجه الآخر ان الحضـــانة للأخت والخـــالة ففى هـــذه المسئلة وجهان :

(احدهما) ان الحضـــانة للاخت والخـــالة ، لأن ام الأب تسقط بالاب ، والأب يسقط بالأخت والخالة .

(والثانى) أن الحضانة للأب ، وهو قول ابى سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه لأن الاخت والخـــالة يسقطان بأم الاب ثم تسقط ام الاب بالاب فتصـــير الحضانة للأب ، ويجوز أن يمنع الشخص غيره من حق ثم لا يحصل له ما منع منه غيره كالأخوين مع الأبوين فانهما يحجبـــان الام من الثلث الى الســـدس ثم لا يحصل لهما ما منعاه بل يصير الجميع للأب .

وان اجتمع الجد اب الأب مع الأم أو مع أم الام وان علت قدمت عليه كما تقدم على الأب ، وان اجتمع مع أم الأب قدمت عليه لانهـــا تساويه فى الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما قدمت الام على الاب .

وان اجتمع مع الخالة او مع الأخت من الأم ففيه وجهان ، كما لو اجتمعتا مع الأب ، وان اجتمع مع الاخت من الاب ففيه وجهان .

(احدهما) ان الجد احق لأنه كالأب فى الولادة والتعصيب ، فكذلك فى التقدم على الاخت .

(والثانى) أن الأخت احق لأنهـــا تســـاويه فى الدرجة وتنفرد بمعـــرفة الحضانة) .

الشرح قال الشافعى رضى الله عنه : ولا حق لأحد مع الأب غير الأم وأمهاتهـــا . وجملة ذلك أنه اذا اجتمـــع الرجال والنساء وهم من أهل الحضانة نظرت ـــ فان اجتمع الأب والأم ـــ قدمنا الأم على الأب لـــا روى

عبد الله بن عمرو « أن امرأة قالت يا رسول الله ان ابنى هذا كان بطنى له وعاء وحجرى له حواء وثديى له سقاء ، وان أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى ، فقال صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تنكحى » ولأن الأم أشفق عليه ؛ وولادتها له من طريق القطع فقدمت عليه ، وان اجتمع الأب مع أم الأم وان علت قدمن على الأب لأنهن يقمن مقام الأم فى تحقق الولادة ومعرفة الحضانة فقدمن على الأب كالأم ؛ فان امتنعت الأم من الحضانة ولها أم ففيه وجهان .

أحدهما — وهو قول ابن الحداد — ان الحضانة تنتقل الى الأب ولا تنتقل الى أم الأم . لأنه لا حق لأم الأم مع بقاء الأم ، فلم تنتقل اليها ، كالولى اذا عضل عن النكاح فان الولاية لا تنتقل الى من دونه من الأولياء .

(والثانى) أن الحضانة تكون لأم الأم ؛ وهو اختيار القاضى أبى الطيب وابن الصباغ ؛ لأنه لا حق للأب فى الحضانة مع وجود أم الأم ؛ فاذا امتنعت الأم عن الحضانة انتقلت الى أمها كما لو ماتت أو فسقت أو جنت ، ويخالف ولاية النكاح فان الحاكم يقوم مقام العاضل ، وههنا لا مدخل للحاكم فى الحضانة بنفسه فلم يقم مقام غيره .

وان اجتمع الأب وأم نفسه قدم الأب . ومن أصحابنا من قال : نقدم أم الأب وأمهاتها عليه (أفاده فى البيان) لأن حضانة النساء أصلح للصغير وأوفق له وقال القاضى أبو الطيب : وهذا يقتضى أن تكون حضانة الأخوات والخالات والعمات أولى من الأب وهو خلاف النص لأن الشافعى قال : ولا حق لأحد مع الأب غير الأم وأمها ؛ ولأنها تدلى به فلم تقدم عليه . وان اجتمع الأب مع الأخت للأم أو مع الخالة ففيه وجهان .

(أحدهما) يقدمان على الأب ؛ وهو قول أبى العباس بن سريج وأبى سعيد الاصطخرى وأبى حنيفة ؛ لأن لها معرفة بالحضانة ويدليان بالأم فقدمتا على الأب كأمهات الأم .

(والثانى) وهو المنصوص أن الأب يقدم عليهما ؛ لأن له ولادة وإذناً فقدم عليهما كالأم .

فــــرع وان اجتمع الأب وأم الأب والأخت للأم أو الخالة ــ فان قلنا بقوله القديم : ان أمر الأب يسقط بالاخوات أو الخالات بنينا ههنا على الوجهين فى الأب هل يسقط الأخت للأم والخالة ؟ فان قلنا انه يسقطها كانت الحضانة للأب . وان قلنا انهما يتقدمان عليه كانت الحضـــانة للأخت للأم ثم للخالة ثم للأب ثم لأمه ، وان قلنا بقوله الجديد وأن أم الأب تسقط الاخوات والخالات بنينا على الوجهين أيضا فى الأب اذا اجتمع مع الأخت للأم أو الخالة . فان قلنا بالمنصوص ان الأب يسقطها كانت الحضانة للأب لأنه يسقطهما ويسقط أم نفسه فكانت الحضـــانة له . وان قلنـــا بقول أبى العباس وأبى سعيد انهما يسقطان الأب فهنا وجهان .

قال أبو سعيد الاصطخرى : تكون الحضانة للأب ، لأن الأخت والخالة تسقطان بأم الأب ، وأم الأب تسقط بالأب ، فصارت الحضـــانة له ، وقد يحجب الشخص غيره من شىء ثم يحصل ذلك الشىء لغير الشخص الحاجب . كما يحجب الأخوان الأم من الثلث الى السدس ويكون للأب .

وقال أبو العباس تكون الحضانة للأخت أو للخالة . لأن الأب يسقط أم نفسه والأب يسقط بالأخت أو بالخالة فبقيت الحضانة لها . وان اجتمع الأب والأخت للأب والأم ــ فان قلنا ان الأب يقدم على الخالة ــ قدم الأب على الأخت للأب والأم . وان قلنا ان الخالة تقدم على الأب فههنا وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد عن أبى سعيد الاصطخرى .

(أحدهما) أن الأخت أحق لأن الأخت تسقط الخالة . والخالة تسقط الأب فاذا سقط الأب مع من تسقطه الأخت فلأن لا يسقط معها أولى .

(والثانى) وهو الأصح أن الأب أحق . لأن الأخت تدلى به فلا يجوز أن يكون المدلى أولى من المدلى به [1] . وان اجتمع أب وأخت لأب وخالة . فان قلنا ان الأب يسقط الخالة كانت الحضانة للأب . وان قلنا : ان الخالة تسقط الأب ففيه ثلاثة أوجه .

---

(١) المدلى الأولى بصيغة الفاعل والثانية بصيغة المفعول . (ط)

(أحدهما) أن الحضانة للأخت ؛ لأن الأخت تسقط الخالة ، والأب يسقط بالخالة فاذا أسقطت الخالة ، فلأن يسقطه من يسقط الخالة أولى .

(والثانى) أن الحضانة للأب لأن الأخت تسقط الخالة والأخت تسقط بالأب لأنها تدلى به فتصير الحضانة للأب . ولا يمتنع أن يسقط الشخص غيره من شىء ثم يحصل ذلك الشىء بغيره ، كما قلنا فى حجب الأخوين للأم عن الثلث الى السدس .

(والثالث) أن الحضانة للخالة . لأن الخالة تسقط الأب والأب يسقط الأخت واذا سقطا بقيت الحضانة للخالة ؛ فان لم يكن أب واجتمع الجد والأم وأم الأم وان علت قدمن على الجد كما يقدمن على الأب ؛ وان اجتمع الجد وأم الأب قدمت عليه لأنها تساويه فى الدرجة ، ولها ولادة ، فقدمت كما قدمت الأم على الأب ، وان اجتمع الجد والأخت للأم أو الخالة ففيه وجهان كما لو اجتمع مع الأب ، وان اجتمع الجد والأخت للأم أو الخالة ففيه وجهان (أحدهما) يقدم عليها ؛ لأن له ولادة وتعصيباً فقدم عليها كالأب (والثانى) تقدم عليه لأنها تساويه فى الولادة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما تقدم الأم على الأب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان عدم الامهات والآباء ففيه ثلاثة اوجه (احدها) ان النساء احق بالحضانة من العصبات ، فتكون الاخوات والخالات ومن ادلى بهن من البنات احق من الاخوة وبنيهم ، والاعمام وبنيهم لاختصاصهن بمعرفة الحضانة والتربية .

(والثانى) ان العصبات احق من الاخوات والخالات والعمات ومن يدلى بهن لاختصاصهم بالنسب ، والقيام بتاديب الولد .

(والثالث) انه ان كان العصبات اقرب قدموا ، وان كان النساء اقرب قدمن وان استويا فى القرب قدمت النساء لاختصاصهن بالتربية . وان استوى اثنان فى القرابة والادلاء كالاخوين او الاختين او الخالتين او العمتين اقرع بينهما ، لانه لا يمكن اجتماعهما على الحضانة ، ولا مزية لاحداهما على الاخرى

فوجب التقديم بالقرعة . وان عدم اهل الحضانة من العصبات والنساء وله اقارب من رجال ذوى الأرحام ومن يدلى بهم ففيه وجهان .

(أحدهما) انهم احق من السلطان لان لهم رحما فكانوا احق من السلطان كالعصبات (والثانى) ان السلطان احق بالحضانة لانه لا حق لهم مع وجود غيرهم فكان السلطان أحق منهم كما قلنا فى الميراث . وان كان للطفل ابوان فثبتت الحضانة للأم فامتنعت منها فقد ذكر ابو سعيد الاصطخرى فيه وجهين (أحدهما) ان الحضانة تنتقل الى أم الأم كما تنتقل اليها بموت الأم أو جنونها او فسقها أو كفرها (والثانى) أنها تكون للأب ، لأن الام لم يبطل حقها من الحضانة ، لانها لو طالبت بها كانت احق فلم تنتقل الى من يدلى بها) .

الشرح الأحكام : ان اجتمع رجل من العصبات غير الأب والجد مع من يساويه فى الدرجة من النساء ؛ كالأخ والأخت والعم والعمة وابن العم وابنة العمة ، وقلنا ان لهم حقاً فى الحضانة فأيهما أحق بالتقديم ؟ فيه وجهان.

(أحدهما) أن الرجل أحق بالحضانة لأنه أحق بتأديبه وتعليمه ، فكان أحق بحضانته (والثانى) أن المرأة أحق بالحضانة ؛ لأنها تساويه فى الدرجة وتنفرد بمعرفة الحضانة فقدمت عليه كما قدمت الأم على الأب ، وان اجتمع شخصان فى درجة واحدة كالأختين أقرع بينهما لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى .

والرجال من ذوى الأرحام كالخال والأخ من الأم وأبى الأم وابن الأخت لا حضانة لهم مع وجود أحد من أهل الحضانة سواهم ؛ لأنه ليس بامرأة يتولى الحضانة وليس له قوة قرابة كالعصبات ؛ ولا حضانة الا بمن يدلى بهم كأم أبى الأم وابنة الخال وابنة الأخ من الأم لأنهن يدلين بمن لا حضانة له ، فاذا لم تثبت للمدلى فللمدلين به أولى ، فان لم يكن هناك غيرهم فعلى وجهين

(أحدهما) هى أولى لأن لهم رحما وقرابة يرثون بها عند عدم من هو أدنى منهم كذلك الحضانة تكون لهم عند عدم من هو أولى بها منهم .

(والثانى) لا حق لهم فى الحضانة وينتقل الأمر الى الحاكم . وقد رجح أصحاب أحمد بن حنبل الوجه الأول وان كان الوجهان محتملين عندهم ،

وان كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه بقدر ميراثه ؛ فان انكشف
وان اختار الأب كان عنده بالليل والنهار ولا يمنعه من زيارة امه لان المنع من
بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة على شريكه
فى الإنفاق • وان بان أنه أنفق أقل رجع عليه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل وان افترق الزوجان ولهما ولد له سبع سنين او ثمان سنين وهو مميز وتنازعا كفالته خير بينهما لما روى ابو هريرة رضى الله عنه قال « جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ان زوجي يريد أن يذهب بابنى ، وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فاخذ بيد امه فانطلقت به ، فان اختارهما أقرع بينهما • لأنه لا يمكن اجتماعهما على كفالته ، ولا مزية لأحدهما على الآخر فوجب التقديم بالقرعة وان لم يختر واحداً منهما أقرع بينهما لأنه لا يمكن تركه وحده ما لم يبلغ لأنه يضيع ، ولا مزية لاحدهما على الآخر فوجبت القرعة ، وان اختار احدهما نظرت — فان كان ابنا فاختار الام كان عندها بالليل ، وياخذه الاب بالنهار ويسلمه فى مكتب او صنعة لأن القصد حظ الولد ، وحظ الولد فيما ذكرناه ،

ذلك اغراء بالعقوق وقطع الرحم ، فان مرض كانت الأم احق بتمريضه ، لان بالمرض صار كالصغير فى الحاجة الى من يقوم بامره ، فكانت الأم احق به ، وان كانت جارية فاختارت احدهما كانت عنده بالليل والنهار ولا يمنع الآخر من زيارتهـا من غير اطالة وتبسط لأن الفرقة بين الزوجين تمنـع من تبسط احدهما فى دار الآخر ، وان مرضت كانت الأم احق بتمريضها فى بيتها • وان مرض احد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته لما ذكرناه ، وان اختار احدهما فسلم اليه ثم اختار الآخر حول اليه ، وان عاد فاختار الأول أعيد اليه لان الاختيار الى شهوته وقد يشتهى المقام عند احدهما فى وقت وعند الآخر فى وقت فاتبع ما يشتهيه كما يتبع ما يشتهيه من ماكول ومشروب ، وان لم يكن له اب وله ام وجد خير بينهما ، لان الجد كالاب فى الحضانة فى حق الصغير فكان كالاب فى التخيير فى الكفالة ، فان لم يكن له أب ولا جد — فان قلنا انه لا حق لغير الاب والجد فى الحضانة — ترك مع الأم الى ان يبلغ ، وان قلنا بالمنصوص : ان الحضانة تثبت للعصبة ، فان كانت العصبة محرما كالعم والأخ وابن الأخ خير بينهم وبين الام ، لما روى عامر بن عبد الله قال « خاصم عمى أمى واراد ان ياخذنى فاختصما الى على بن ابىطالب كرم الله وجهه ، فخيرنى على ثلاث مرات فاخترت امى ، فدفعنى اليهـا ، فان كان

العصبة ابن عم . فان كان الولد ابنا خير بينه وبين الأم ، وان كانت بنتا كانت عند الام الى أن تبلغ ولا تخير بينهما ، لان ابن العم ليس بمحرم لها ولا يجوز أن تسلم اليه) .

الشرح حديث أبى هريرة باللفظ الذى ساقه المصنف رواه النسائى وأخرجه أبو داود بلفظ فيه زيادة « فقال استهما عليه » ولأحمد معناه ولكنه قال فيه « جاءت امرأة قد طلقها زوجها » ولم يذكر فيه قولها « قد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى » ورواه أحمد وابن ماجه والترمذى وصححه مختصراً بلفظ النبى صلى الله عليه وسلم « خير غلاما بين أبيه وأمه » ورواه بلفظ المصنف أيضاً بقية أهل السنن وابن أبى شيبة وصححه الترمذى وابن حبان .

وأما خبر عامر بن عبد الله فقد أخرجه الشافعى فى الأم فى باب أى الوالدين أحق بالولد « أخبرنا الربيع أخبرنا الشافعى عن ابن عيينة عن يونس ابن عبد الله الجرمى عن عمارة قال : خيرنى على بين أمى وعمى ، ثم قال لأخ لى أصغر منى : وهذا أيضاً لو قد بلغ مبلغ هذا خيرته » وأخرجه من طريق ابراهيم بن محمد عن يونس بن عبد الله عن عمارة « خيرنى على بين أمى وعمى وقال لأخ لى أصغر منى : وهذا لو بلغ مبلغ هذا خيرته » قال ابراهيم : وفى الحديث « وكنت ابن سبع أو ثمان سنين » ومن ثم تدرك أن الرواية ليست عن عامر بن عبد الله وانما هى عن عمارة ؛ وقد أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى وقال : عمارة الجذامى ، والصواب ما فى الأم .

أما اللغات فبئر أبى عنبة على ميل من المدينة . قال ابن الجوزى : أبو عنبة عبد الله بن عنبة من الصحابة ليس فيهم أبو عنبة غيره .

قال فى المؤتلف والمختلف : أبو عنبة الخولانى له صحبة . وفى الاستيعاب: قيل انه ممن صلى القبلتين ، قديم الإسلام ، وقيل انه ممن أسلم قبل موت النبى صلى الله عليه وسلم ولم يصحبه وأنه صحب معاذ بن جبل وسكن الشام ، روى عنه محمد بن زياد الالهانى وبكر بن زرعة وشريح بن مسروق .

وقوله « فى مكتب أو صنعة » قال الجوهرى : الكتاب والمكتب واحد ؛ والجمع الكتاتيب والمكاتب وهو موضع تعليم الكتابة • وقوله « اغراء بالعقوق » من غرى يغرى من باب تعب أولع به من حيث لا يحمله عليه فاذا تعدى بالهمزة فقيل أغريته به اغراء فأغرى به بالبناء للمفعول والاسم الغراء بالفتح والمد والغراء مثل كتاب ما يلصق به فكأنه يقول أغراه بالعقوق كأنه لصقه بالغراء فجعله سبباً لوقوع العقوق ولصوقاً به •

وقوله « وتبسط » التبسط والانبساط ترك الاحتشام ؛ وتبسط فى البلاد سافر فيها طولا وعرضا ؛ وأصله السعة وذلك محرم على من طلق •

اما الأحكام فان الشافعى رضى الله عنه يقول : فاذا افترق الأبوان وهما فى قرية واحدة فالأم أحق بولدها ما لم تتزوج وما كانوا صغاراً ؛ فاذا بلغ أحدهم سبعاً أو ثمانى سنين وهو يعقل خير بين أبيه وأمه وكان عند أيهما اختار ؛ فان اختار أمه فعلى أبيه نفقته ولا يمنع من تأديبه ، قال وسواء فى ذلك الذكر والأنثى ويخرج الغلام الى الكتاب والصناعة ان كان من أهلها ويأوى عند أمه وعلى أبيه نفقته ، وان اختار أباه لم يكن لأبيه منعه من أن يأتى أمه وتأتيه فى الأيام وان كانت جارية لم تمنع أمها من أن تأتيها ؛ ولا أعلم على أبيها اخراجها اليها الا من مرض فيؤمر باخراجها عائدة •

قال : وان ماتت البنت لم تمنع الأم من أن تليها حتى تدفن ؛ ولا تمنع فى مرضها من أن تلى تمريضها فى منزل أبيها • قال وان كان الولد مخبولا فهو كالصغير ؛ وكذلك ان كان غير مخبول ثم خبل فهو كالصغير الأم أحق به ولا يخير أبداً • قال ونما أخير الولد بين أبيه وأمه اذا كان معاً ثقة للولد ؛ فان كان أحدهما ثقة والآخر غير ثقة فالثقة أولاهما به بغير تخيير • قال : واذا خير الولد فاختار أن يكون عند أحد الأبوين ثم عاد فاختار الآخر حول الى الذى اختار بعد اختياره الأول ، قال واذا نكحت المرأة فلا حق لها فى كينونة ولدها عندها صغيراً أو كبيراً ، ولو اختارها ما كانت ناكحاً • فاذا

اذا ثبت هذا فان الغلام اذا بلغ سبعاً وليس بمعتوه خير بين أبويه اذا

طلقت طلاقاً يملك فيه الزوج الرجعة أو لا يملكها وجعت على حقها فيهم ا هـ.

تنازعا فيه . فمن اختاره منهما فهو أولى به ، قضى بذلك عمر وعلى وشريح ، وهو مذهب أحمد . وقال مالك وأبو حنيفة : اذا استقل بنفسه ، فأكل بنفسه ولبس بنفسه فالأب أحق به . ومالك يقول الأم أحق به . قالا وأما التخيير فلا يصح لأن الغلام لا قول له ولا يعرف حظه ؛ وربما اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ويمكنه من شهواته فيؤدى الى فساده ؛ ولأنه دون البلوغ فلم يخير كمن دون السبع .

وليلنا حديث أبي هريرة رضي الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه » وفى لفظ « جاءت امرأة الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان زوجى يريد أن يذهب بابنى وقد سقانى من بئر أبي عنبة وقد نفعنى ، فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهـذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به » ولأنه اجماع الصحابة كما أوضحنا ذلك عن على وعمر ولا معارض .

فاذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ويميز بين الإكرام وضده فمال الى أحد الأبوين ، دل على أنه أرفق به وأشفق عليه ؛ فقـدم بذلك ، وقيـدناه بالسبع لأنها أول حال أمن الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة . ومتى اختار أحدهما فسلم اليه ثم اختار الآخر رد اليه ، فان عاد فاختار الأول أعيد اليه هكذا أبداً كلما اختار أحدهما صار اليه ، لأنه اختيار شهوة لحظ نفسـه فاتبع ما يشتهيه ؛ وان خيرناه فلم يختر واحداً منهما أو اختـارهما معاً قدم أحدهما بالقرعة ؛ لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ، ولا يمكن اجتماعهما على حضانته فقدم أحدهما بالقرعة .

فـــرع . فان كان الأب معدوماً أو من غير أهل الحضانة وحضر غيره من العصبات كالأخ والعم وابنه قام مقام الأب ؛ فيخير الغلام بين أمه وعصبته فأضبه الأب ؛ وكذلك ان كانت أمه معدومة أو من غير أهل الحضانة فسلم الى الجدة ؛ خير الغلام بينها وبين أبيه أو من يقوم مقامه من العصبات ؛ فان كان الأبوان معدومين أو من غير أهل الحضانة فسلم الى امرأة كأخته

وعمته أو خالته قامت مقام أمه فى التخيير بينها وبين عصباته للمعنى الذى ذكرناه فى الأبوين •

فــرع .وان كان عند الأب كان عنده ليلا ونهاراً ولا يمنع من زيارة أمه لأن منعه من ذلك اغراء له بالعقوق وقطيعة الرحم ؛ وان مرض كانت الأم أحق بتمريضه فى بيتها ، لأنه صار بالمرض كالصغير فى الحاجة الى من يقوم بأمره فكانت الأم أحق به كالصغير ، وان مرض أحد الأبوين والولد عند الآخر لم يمنع من عيادته وحضوره عند موته ؛ سواء كان ذكراً أو أنثى لأن المرض يمنع المريض من المشى الى ولده ، فمشى ولده اليه أولى ، فأما فى حال الصحة فان الغلام يزور أمه لأنها عورة فسترها أولى ؛ والأم تزور ابنتها ، لأن كل واحدة منهما عورة تحتاج الى صيانة ؛ وستر الجارية أولى ــ لأن الأم قد تخرجت وعقلت بخلاف الجارية •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــل وان افترق الزوجان ولهما ولد فأراد احدهما ان يسافر بالولد ــ فان كان السفر مخوفاً او البلد الذى يسافر اليه مخوفاً ــ فالمقيم احق به ، فان كان مميزاً لم يخير بينهما ، لأن فى السفر تغريراً بالولد ، وان كان السفر مسافة لا تقصر فيها الصلاة كانا كالمقيمين فى حضانة الصغير ويخير المميز بينهما ، لانهما يستويان فى انتفاء أحكام السفر من القصر والفطر والمسح ، فصارا كالمقيمين فى محلتين فى بلد واحد ، وان كان السفر لحاجة لا لنقلة كان المقيم احق بالولد ، لأنه لا حظ للولد فى حمله ورده ، وان كان السفر للنقلة الى موضع يقصر فيه الصلاة من غير خوف فالاب احق به ، سواء كان هو المقيم او المسافر ، لأن فى الكون مع الام حضانة ، وفى الكون مع الاب حفظ النسب والتاديث ، وفى الحضانة يقوم غير الأم مقامها ، وفى حفظ النسب لا يقوم غير الاب مقامه فكان الاب احق • وان كان المسافر هو الاب فقالت الأم يسافر لحاجة فانا احق ، وقال الاب : اسافر للنقلة فانا احق ، فالقول قول الاب لانه اعرف بنيته • وبالله التوفيق) •

الشرح اذا أراد أحد الأبوين السفر مسافة تقصر فيها الصلاة لحاجة ثم يعود ؛ والآخر مقيم ؛ فالمقيم أولى بالحضانة ؛ لأن فى المسافرة بالولد اضراراً به ، وان كان متنقلا الى بلد ليقيم به وكان الطريق مخوفا ،

أو البلد الذى ينتقل اليه مخوفا فالمقيم أولى بالحضانة ؛ لأن فى السفر به خطرا عليه ؛ ولو اختار الولد السفر فى هذه الحالة لم يجب اليه لأن فيه تغريرا به • وان كان البلد الذى ينتقل اليه آمنا وطريقه أمنا فالأب أحق به ؛ سواء كان هو المقيم أو المنتقل ، لأن فى كون الولد مع الأب حفظ النسب والتأديب • وان كان السفر دون مسافة قصر الصلاة كانا كالمقيمين • وبهذا قال بعض أصحاب احمد ، والمنصوص عن أحمد سريان ما قررنا من الحكم على اطلاق السفر ؛ سواء كان دون القصر أم لا • لأن البعد الذى يمنعه من رؤيته يمنعه من تأديبه وتعليمه ومراعاة حاله ؛ فأشبه مسافة القصر ؛ وبما ذكرناه من تقديم الأب عند افتراق الدار بهما • قال شريح ومالك وأحمد • وقال أصحاب الرأى : ان انتقل الأب فالأم أحق به ، وان انتقلت الأم الى البلد الذى كان فيه أصل النكاح فهى أحق ؛ وان انتقلت الى غيره فالأب أحق •

وحكى عن أبى حنيفة ان انتقلت من بلد الى قرية فالأب أحق ، وان انتقلت الى بلد آخر فهى أحق ؛ لأن فى المدينة يمكن تعليمه وتخريجه •

فرع اذا اختلف الأب والأم فى أمر السفر فقالت الأم : يسافر مشغولا بمصالحه وحاجياته فلن يلتفت الى رعاية الولد فأنا أحق به ، وقال الأب : أسافر للنقلة والاستيطان فأنا أحق كان القول قول الأب لأنه أعلم بقصده والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبى ونعم الوكيل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــاب الجنـــايات

الشرح الجنايات جمع جناية . وفى القاموس : جنى الذنب عليه يجنيه جناية جره اليه ، والثمرة اجتناها كتجناها وهو جان والجمع جنـاة وجنناء وأجناء « نادر » اهـ . وفى اللسان قال أبو حية النميرى :

وان دماً لــو تعلمين جنيتـــه على الحى جانى مثله غير سالم

فأما قولهم فى المثل « أبناؤها أجناؤها » فزعم أبو عبيد أن أبناء جمع بان وأجناء جمع جان كشاهد وأشهاد وصاحب وأصحاب . قال ابن سيده فى المخصص : وأراهم لم يكسروا بانيا على أبناء ولا جانيا على أجنـاء الا فى هذا المثل ؛ المعنى أن الذى جنى وهدم الدار هذه هو الذى بناها . قال الجوهرى : وأنا أظن أن المثل جناتها بناتها ؛ لأن فاعل لا تجمع على أفعال ؛ ثم استطرد خطأ فقال : ان أشهاداً وأصحاباً جمع شهد وصحب وهو خطأ فان فعل لا تجمع على أفعال الا اذا كانت عينها واواً أو ياء كقول وشيخ تجمع على أقوال وأشياخ الا جمعاً قليلا كنعم وأنعام ، شاذا وقد رأيتهم فى كتب الفقه والحديث والتفسير واللغة يجمعون بحث على أبحـاث فاذا جاز فهو قليل وصوابه بحوث .

وهذا المثل يضرب لمن عمل شيئا بغير روية فأخطأ فيه ثم استدركه فنقض من عمله . وأصله أن بعض ملوك اليمن غزا واستخلف ابنته فبنت بمشـورة قوم بنيانا كرهه أبوها ، فلما قدم أمر المشيرين ببنائه أن يهدموه ؛ والمعنى أن الذين جنوا على هذه الدار بالهدم هم الذين بنوها ، والمدينة التى هدمت اسمها براقش ، ومن ثم قيـل « على نفسها جنت براقش » وفى الحـديث « لا يجنى جان الا على نفسه » والجناية الذنب والجرم ، وما يفعله الإنسان

مما يوجب عليه العقاب أو القصاص فى الدنيا والآخرة ، والمعنى أنه لا يطالب بجناية غيره من أقاربه وأباعده ، فاذا جنى أحدهم جناية لا يطالب بها الآخر لقوله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وجنى فلان على نفسه اذا جر جريرة يجنى جناية على قومه ، وتجنى فلان على فلان ذنباً ، اذا تقوله عليه وهو برىء ، وتجنى عليه جانى ادعى جناية . قال شمر : جنيت لك وعليك ومنه قوله :

جانيك من يجنى عليك وقد تعدى الصحاح فتجرب الجرب

وجنيت الثمرة أجنيها جنى ; واجتنيتها بمعنى . قال ابن سيده : جنى الثمرة ونحوها وتجناها كل ذلك تناولها من شجرتها . قال الشاعر :

اذا دعيت بما فى البيت قالت تجن من الجذال وما جنيت

قال أبو حنيفة : هذا شاعر نزل بقوم فقروه صمغاً ولم يأتوه به ولكن دلوه على موضعه وقالوا : اذهب فاجنه ، فقال هذا البيت يذم به أم مثواه واستعاره أبو ذؤيب للشرف فقال :

وكلاهما قد عاش عيشة ماجد وجنى العلاء لو أن شيئاً ينفع

وفى الحديث أن أمير المؤمنين على بن أبى طالب عليه السلام دخل بيت المال فقال يا حمراء ويا بيضاء احمرى وابيضى وغرى غيرى

هذا جناى وخياره فيه اذ كل جان يده الى فيه

وأراد على أن يتمثل بهذا البيت الذى قاله فى الجاهلية عمرو بن عدى اللخمى ابن أخت جذيمة ، أى أنه لم يتطلخ بشىء من فىء المسلمين بل وضعه مواضعه . والجنى الثمر المجتنى مادام طرياً ، وفى التنزيل العزيز (تساقط عليك رطباً جنيا) . وقال القائل : « انك لا تجنى من الشوك العنب » وفى حديث أبى بكر رضى الله عنه أنه رأى أبا ذر رضى الله عنه فدعاه فجنى عليه فساره . جنى عليه أكب عليه والأصل فيه من جنأ يجنأ اذا مال عليه وعطف ، ثم خفف . هذا بعض ما ألمت به من مادة « جناية » لغة واستعمالا ، وشواهد وأمثالا ، وآثارا وقرآنا تضفى على البحث كمالا ، والله الموفق حالا ومالا .

الانتقام فى نظرية العقاب (١) :

تهجم بعض الكتاب على شريعة القصاص التى هى لب العقاب فى الفقه الاسلامى بالنسبة للجرائم التى يكون فيها حق الأشخاص غالباً على حق المجتمع فقالوا : ان هذا اتجاه الى اختيار الانتقام أساساً للعقاب ، وهذا من الهمجيه الأولى ولا يتفق مع التحضر ورقى الفكر والنفس واعتبار العقاب تهذيباً واصلاحاً لنفس الجانى ، ونحن نقول : ان الفرق بين الانتقام والقصاص من وجهين :

(أحدهما) ان الانتقام لا يتقبل فيه المنتقم بالمساواة بين ما فعله المجرم ، وبين العقاب النازل به ، والانتقام لا يتقبل فيه المنتقم بالمساواة بين ما فعله المجرم ، وبين العقاب النازل به ؛ والانتقام قد يتجه الى عقاب غير المجرم كما كان يجرى فى الجاهلية . وكما يجرى الآن فى قرى الصعيد لشيوخ الأخذ بالثأر ، أما القصاص فانه يتجه الى المساواة بين الجريمة والعقوبة مساواة دقيقة . واذا لم يمكن التساوى كما فى بعض الجروح فانه يعدل عن القصاص الى عقوبة أخرى وبذلك يفترقان ولا يتلاقيان .

(والوجه الثانى) أن الانتقام كان يقع من الملوك على رعاياهم اذا شقوا عصا الطاعة أو قتل أحد الأمراء فانه كان الانتقام يصوب الى الجناة أو من يشتبه فى أمرهم فيؤخذ البرىء بظلم السقيم ، ويوضع السيف موضع البرء والسقم . وكان يقع الانتقام بين الناس بعضهم مع بعض حيث يضطرب الأمر ويكون الضعيف خاضعاً لبطش ، ولا حول له أمامه .

أما القصاص فانه يكون بحكم من القاضى ، وهو يسرى على الراعى والرعية ، فانه يقتص من الحاكم الأعظم اذا وقع منه ما يوجب القصاص وعلى الشعب أن يعين المظلوم حتى يقتص ، وقد جاء ذلك فى حديث نبوى بصريح اللفظ فقد قال صلى الله عليه وسلم (لتأمرن بالمعروف ولتنهون عن المنكر ولتأخذن على يدى الظالم ولتأطرنه على الحق أطراً أو ليضربن الله قلوب بعضكم ببعض ثم تدعون فلا يستجاب لكم) وبهذا يتبين أن اعانة المظلوم على أخذ حقه ، ولو كان الأخذ هو الحاكم الأعظم أمر مطلوب طلباً حتمياً .

---

(١) من كتاب الجريمة والعقاب للشيخ محمد ابو زهرة ص ٤٧ فقرة ٣٤ .

العقوبة لشفاء غيظ المجنى عليه :

٣٥ ــ وانه من الواجب ونحن نتكلم فى رد التهجم على الشريعة بفكرة أن عقوباتها انتقامية ونقرر حد التفرقة بين الانتقام والقصاص ــ أن نبين أن الشريعة تتجه فى الجريمة التى يكون حق العبد فيها غالباً كجرائم الدماء الى شفاء غيظ المجنى عليه أولا بالذات ، وليس ذلك من الانتقام فى شىء الا أن تكون اقامة العدل انتقاماً ، وما علينا اذا لم تسم الأشياء بأسمائها واذا كانت الشرائع الحديثة قد اتجهت الى اعتبار الجريمة خرقاً لناموس الاجتماع وغلبت حق المجتمع على حق الفرد فى كل الجرائم ، فان الشريعة الاسلامية مع هذا الاعتبار جعلت العقاب متجهاً الى شفاء غيظ المجنى عليه أولا مع ملاحظة الاعتبار العام ثانيا ؛ وبذلك لوحظ الجانب الشخصى مع ملاحظة حق المجتمع فقد اعتبر الاسلام أن من قتل شخصاً فكأنما قتل الناس ؛ فقد قال تعالى بعد قصة اعتداء قابيل على هابيل (من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل من قتل نفساً بغير نفس أو فساد فى الأرض فكأنما قتل الناس جميعاً ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا) .

وللمعنى الشخصى جعل لولى الدم الحق فى رفع الدعوى واسقاطها والعفو ، فقد قال تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف فى القتل انه كان منصوراً) وقال تعالى فى القصاص (فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان) .

وان القصاص كان العقوبة الأساسية فى الاسلام بالنسبة للجرائم الواقعة على الأشخاص ؛ لأنه يشفى غيظ المجنى عليه ، وذلك لأن مفقود العين ، ومن لطم فى مجتمع عام لا يشفى قلبه غرامة مهما زاد مقدارها ، ولا سجن مهما يكن أمده ، ولكن يشفى غيظه أن يلطم وجه المعتدى على ملأ من الناس .

وهكذا فان قانون المساواة يوجب أن تساوى العقوبة مع الجريمة ، وأن يتساوى الأذى الذى نزل بالمجنى عليه مع الأذى الذى ينزل بالجانى عقوبة له على ما اقترف والبادى بالشر أظلم ، بل لا ظلم فى القصاص والظلم كل الظلم فى أن يترك الجانى من غير قصاص .

٣٦ — ولا شك أن العناية بشفاء غيظ المجنى عليه وعلاجه له أثره فانه لا يفكر فى الانتقام ولا يسرف فى الاعتداء أى لا يسرف فى القتل كما جاء بذلك النص القرآنى .

وان لنا فى احصاءات الجرائم التى تكون أخذاً بالثأر أو انتقاماً من اهانة لحقت شخصاً كعبرة ، فان القوانين الحاضرة بسبب قصورها عن شفاء نفس المجنى عليه تتسلسل بسببها الجرائم ، فجريمة القتل يتبعها أخرى أخذاً بالثأر ، ثم يتبع الثانية ثالثة ، وقد يقتل غير الجانى لمقام المقتول ، كما كان الأمر فى الجاهلية الأولى ؛ وان الثأر لتتوارثه الأعقاب والذرية ، وكل ذلك لأن القوانين لم تعمل على شفاء غيظ المجنى عليه .

وانه فى سبيل شفاء غيظ المجنى عليه وذويه كان الفقه الاسلامى فى العقوبات يقوم على أساس تعويض المجنى عليه أو ذويه ان لم يمكن تنفيذ حكم القصاص لعدم امكان المساواة بين الجريمة والعقوبة أو غيرها .

وانه فى حال عفو المجنى عليه يجب اعطاؤه ايضا المال الذى يطلبه . ولا يتقيد بالدية اذا كانت الجريمة عمداً ، وليست خطأ وكان ذلك برضاء نفس وانه فى حال سقوط القصاص اما بالعفو أو بتعذره لا يذهب العقاب البدنى نهائيا عن الجانى بل انه فى هذه الحال ينبعث الحق العام ، ويكون لولى الأمر أن يفرض عقوبات تعزيرية على الجانى منعاً للفساد فى الأرض وقطعاً لدابر المفسدين وزجرهم .

٣٧ — ومن المقررات الشرعية التى من شأنها أن تطلب لجروح المكلومين أنه لا يطل دم فى الاسلام ، فلا تذهب جريمة قتل من غير عقوبة أو بالأحرى من غير ن يقتص من الجانى أو تعوض أسرة المجنى عليه ، فان الدية وهى التعويض المادى أمر ثابت يجب على كل من يقتل ويدفع لورثة القتيل ؛ وهى تجب عنه تعذر القصاص كما نوهنا ، أو يكون القتل خطأ أو لم يعرف الجانى .

واذا كان القاتل لا مال له وجب على عاقلته وهى أقاربه من العصبات

أن تؤدى عنه ، فاذا كانوا هم الآخرين لا يستطيعون وجب على بيت المال أن يؤدى ذلك لكيلا يذهب دم هدراً ، ولكى يطب الاسلام القلوب المجروحة .

وان فى ذلك تعاوناً اجتماعيا فى التبعات والتكليفات ، فمن قتل مسلماً خطأ كان على عاقلته تعويض أهله ، لأن الجانى أخطأ فتعوض أسرته الصغرى بذلك المال الواجب الأداء لأسرة المقتول ، فان عجزت الأسرة الصغرى وجبت الدية على الأسرة الكبرى ، وهى الأمة ، فيدفع بيت مالها الدية ، ومع هذا التعاون هناك معنى آخر ، وهو اثبات أن الدولة مسئولة عن اعتداء آحادها فى حال العمد ، وتعصيرهم فى الاحتياط فى حال الخطأ .

وان جماعة المسلمين فى حال الخطأ فقدت واحداً منها فكان حقاً أن تعوض ، ولذلك وجب اعتاق رقبة مؤمنة لأن الحرية حياة للانسان ، فاعتاق العبد احياء للنفس ، وفى ذلك تعويض للمسلمين عما نقص منهم .

٣٨ ــ وأنه لا توجد فى الفقه الاسلامى أن جناية قتل تقيد ضد مجهول ويذهب الدم هدراً ، ويسكت على ذلك القوامون على الحسبة ؛ والقائمون بالشرطة كأن لم يكن انسان له حق الحياة قد ذهب ، وكان له على المجتمع حق الرعاية ؛ وعلى الدولة حق الحماية ، يجب على القاضى والعاملين على الحسبة الاسلامية العامة كالنيابة فى هذا الزمان أن يتحروا ويبحثوا حتى يصلوا وانهم لابد واصلون ان قامت الشرطة بواجبها .

فان عجزوا عن الوصول الى الجانى بعد البحث اللازم كانت القسامة ، وهى أن يحلف خمسون رجلا من أهل القرية التى وقع فيها أو حولها القتل ، ويقولون فى الحلف : انهم لم يقتلوه ولم يعرفوا له قاتلا ، ويكون أولئك الحالفون من أهل العدالة الذين عرفوا بالصدق فى القول .

وانه مع هذه الأيمان المغلظة قد يعرف القاتل وان ذلك لكثير ، فانه لا يحدث فى قرية أو حى قتل الا اذا كان فى أهلها من يعرف القاتل ، ولكنهم يمتنعون عن الشهادة اما تهاوناً واما خوفاً من الجانى أو عصابته ، وفى هذه الأيمان الاجبارية عمل على من يعرف النطق ان كان لا يريد أن ينطق .

واذا حلف الخمسون ولم يعرف القاتل فان الدية تكون واجبة على بيت المال .

العقوبات المحدودة قسمان :

يقول ابن رشد : [1]

الجنايات التي لها حدود مشروعة جنايات على الأبدان والنفوس والأعضاء وهى المسماة قتلا وجرحا ، وجنايات على الفروج وهى المسماة زنى وسفاحا ، وجنايات على الأصول وهذه ما كان مأخوذاً منها بحرب سمى حرابة اذا كان بغير تأويل ، وان كان بتأويل سمى بغياً ، وان كان مأخوذا على أوجه المغافصة من حرز يسمى سرقه وما كان منها بعلو مرتبة وقوة سلطان سمى غصباً وجنايات على الأعراض وهى المسمى قذفا وجنايات بالتعدى على استباحة ما حرمه الشرع من المأكول والمشروب وهذه انما يوجد فيها حد فى هذه الشريعة فى الخمر فقط وهو حد متفق عليه بعد صاحب الشرع صلوات الله عليه . اهـ .

الحدود نرى أن كلمة حد تطلق عند ابن رشد على العقوبات المقدرة سواء أكانت فى جريمة الاعتداء فيها على جقوق العباد الخالصة ، أو التى يغلب حقهم فيها أم كان الاعتداء فيها على حقوق الله تعالى أو ما يكون حق الله تعالى فيها غالباً .

وهذا نظر كثيرين من الفقهاء يطلقون كلمة حد على الجرائم ذات العقوبات المقدرة بتقدير الشارع ، ولم يترك تقديرها لولى الأمر وقد اختار ذلك الرأى من فقهاء الحنفية ، وكثيرون سواهم لا يطلقون كلمة حد الا على العقوبات التى يكون حق الله فيها غالباً ، أو تكون خالصاً حق الله سبحانه فيقولون : ان الحق فى الاصطلاح هو العقوبة المقدرة حقاً لله تعالى ، فلا يسمى القصاص حداً ، لأن حق العبد فيه غالب ، ولا يقال عن التعزير انه حد لأن العقوبة غير مقدرة بنص شرعى ، وعلى ذلك يجب أن يتوافر فى جرائم الحدود معنيان ان تخلف أحدهما لا تكون الجريمة جريمة حد .

---

(1) بداية المجتهد ونهاية المقتصد جـ ٢ ص ٣٣٠ ، ٣٣١ مطبعة الجمالية .

اقامة الحدود عبادة وجهاد

قال شيخ الاسلام أبو العباس بن تيمية فى رسالة السياسة الشرعية :

« ان اقامة الحدود من العبادات كالجهاد فى سبيل الله ، وينبغى أن يعرف أن اقامة الحد رحمة من الله بعباده ، فيكون الوالى شديداً فى اقامة الحد لا تأخذه رهبة فى دين الله فيعطله ، ويكون قصده رحمة الخلق بكشف الناس عن المنكرات ، لا لشفاء غيظه وارادة العلو عن الخلق ، بل بمنزلة الوالد اذا أدب ولده ، فانه لو كف عن تأديب ولده كما تستتر الأم رقة ورأفة لفسد الولد ، وانما يؤدبه رحمة واصلاحاً لحاله ، مع أنه يوده ويؤثر الا يحوجه الى تأديب ، وبمنزلة الطبيب الذى يسقىَ المريض الدواء الكريه ، وبمنزلة قطع العضو المتآكل والحجم ، وقطر العروق بالفصد ونحو ذلك ، بل بمنزلة شرب الانسان الدواء الكريه وما يدخله على نفسه من المشقة لينال به الراحة ، فكذلك شرعت الحدود ، هكذا ينبغى أن يكون الوالى فى اقامتها ؛ فان من كان قصده صلاح الرعية وازالة المنكرات بجلب النفع لهم ورفع المضرة عنهم ، ويبتغى فى ذلك وجه الله تعالى وطاعة أمره ألان الله له القلوب وتيسرت له أسباب الخير وكفاه العقوبة اليسيرة وقد يرضى المحدود اذا أقام عليه الحد ؛ أما اذا كان غرضه العلو عليهم ، واقامة بأسه ليعطوه أو ليبذلوا له ما يريد من الأموال انعكس عليه مقصوده يروى أن عمر بن عبد العزيز رحمه الله قبل أن يلى الخلافة كان والياً للوليد بن عبد الملك على مدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد ساسهم سياسة صالحة فقدم الحجاج من العراق وقد سامهم بسوء العذاب ، فسأل أهل المدينة عن عمر : كيف هيبته فيكم ؟ قالوا : ما نستطيع أن ننظر الى هيبة له ؛ قال : كيف محبتكم له ؟ قالوا : هو أحب الينا من أهلنا ، قال : فكيف أدبه ؟ قالوا : ما بين ثلاثة الأسواط الى العشرة . قال : هذه هيبته ، وهذه محبته وهذا أدبه . هذا أمر من السماء » .

حقوق الانسان فى شريعة الاسلام [1]

حقوق الانسان فى الاسلام كثيرة ، لا تكفيها دراسة واحدة وجدير بنا

---

(١) من ملف الشرق الأوسط الفقهى بقلم : د. عبد الحليم عويس .

أن نصحح خطأ شائعا ، فان هناك نوعين من حقوق الانسان يجب أن يكون الفيصل بينهما واضحا :

النوع الأول : حقوق ترجع الى أصل انسانيته ، لا يختلف فيها انسان عن انسان ، ولا أبيض عن أحمر ، ولا ذكي عن خامل ؛ وهي حقــوق تكفل للانسان منذ ولادته ، ويضاف الى هذا النوع من الحقوق حقوق تتصــل بضرورة توفير العدل والمســاواة فى معاملة الانسان ــ كل انســان ــ أمام الشريعة الواحدة العادلة •

والنوع الثانى من الحقوق ؛ حقوق يتميز فيها انسان عن انسان ، وهذه الحقوق تكون حقوقا فى مقابل (واجبات) وكما ان (المساواة) فى النوع الأول من الحقوق واجبة ولا تصلح الحياة الا بها ؛ فانه لابد من (التمايز والتباين) فى النوع الثــانى ؛ ولا تصلح الحيــاة الا بذلك ، مهمــا وهم الواهمون • وأمتنا قد استمرأت كلمة (الحقوق) ونسيت كلمة الواجبات ، ولو أنها بدأت (بالواجبات) لوصلت الى كثير من (الحقوق) دون عنــاء أو مشاق ــ ولقد ثبت أن (الحقوق) لا تمنح ؛ انما تؤخذ ــ لا عن طريق الثورات أو الأناشــيد أو الانقــلابات أو الشــعارات ــ وانما عن طريق (مؤهلات حضارية) خاصة •

ــ ومع ذلك ، فنحن سنقصر هذا الملف على النوع الأول من الحقوق •• (النوع الانسانى العــام) لكننا نؤكد صــلته الوثيقة بالنوع الثــانى •• الحقوق المرتبطة بالواجبات وسيكون لنا حديث ان شاء الله عن الحقوق فى مقابل الواجبات وواجبات المسلم فى معرفة الوجود والحضارة على ضــوء شريعة الاسلام فالي الحقوق •

حقوق الانسان بين الاسلام والمنظمات الدولية :

ليس هناك ضير فى المقارنة بين الاسلام وغيره ؛ كما يقارن بين النهــار والليل ، وعلى أساس هذا التصور اتجهنا الى فضيلة الشيخ محمد الغزالى الداعية الاسلامى المعروف بالسؤال حول حقــوق الانسان بين الاســلام

والمنظمات الدولية ، فأملى علينا السطور التالية : هنـاك قاسم مشترك بين الاسلام والانسانية العامة على معنى الفطرة ، فان الفطرة السليمة البريئة من العلل والعقد المتخففة من الخرافات والجهالات هى الاسلام •

وهذا التلاقى بين حقيقة الاسلام وبين المعنى الأصيل للانسانية هو الذى جعلنى أقول دائما : ان الاسـلام عقل لا يعرف الخـرافة ، وقلب لا يعرف الهوى • فعندما قرأت نشاط الانسانية المجردة وهى تقرر الحقوق التى تطلبها أو الواجبات التى تفرضها فاننى ـ فى الحـال ـ أقارن بين ما اسـتطاعت البشرية أن تصل اليه ، وبين ما تقرر لدينا نحن المسلمين فى كتاب الله وسـنة الرسـول صلى الله عليه وسلم وحصيلة المقـارنة ـ غالباً ـ تكون لمصلحة الاسـلام ، وما يكون فى الحصيلة من شطط تجنح اليه الانسـانية عندما لا تستهدى بوحى الله ـ بأنه من الممكن فورا أن أضرب حوله نطاقاً ، وأن أقرر الموقف الاسلامى الصحيح الذى حبانا القدر الكريم به •

وعندما نظرت ـ مثلا ـ الى المادة الأولى فى اعلان حقوق الانسـان ، وهو أن الناس يولدون أحراراً ـ فاننى لم أتكلف جهـدا عندما قلت ان الكلمة بنصها قد سبقت فى حضارتنا الاسلامية على لسان أمير المؤمنين عمر ابن الخطاب فى قضية عابرة ، تكلم فيها الفـاروق عمر بن الخطـاب بروح الاسلام الصافية ودن تكلف •

وهذا الذى قدمته مجرد نموذج لعناصر الالتقاء بين ما تقرر فى ديننا وبين ما وصلت اليه الجهود البشرية •

وفى المقابل فاننى قد أجد فى حقوق الانسان شيئا من التفاوت بين ماقرره الوحى الإلهى ، وبين ما وصلت اليه الانسانية فى مواثيقها ، ومن أبرز صور هذا التفاوت (المسـاواة المطلقة) التى أقرتها هـذه المواثيق بين ما قرره الوحى الالهى ؛ وبين ما وصلت اليه الانسانية فى مواثيقها ؛ ومن أبرز صور هذا التفاوت (المساواة المطلقة) التى أقرتها هذه الموثيق بين الرجل والمرأة فى كل شىء ـ فهى مساواة مجحفة لرجل (بأعباء وظيفته) وللأنثى (بطبيعة طاقاتها) ، ومن صور التفاوت كذلك قضية الارتداد عن الاسلام ، فالارتداد

عن الاسلام خيانة ، والعقوبة تقع فيه على عنصر العلانية الذى يهز النظام العام ، وهو خروج لا تقبله أى دولة . لكن بعض الأديان يقبله أبناؤها لأن دينهم لا يضع (الدولة) فى حسابه ، ويعطى ما لقيصر لقيصر .

وهنا ، وعندما أجد هذا التفاوت ـ فاننى أستطيع معرفة من أين يبدأ النزاع ؟ وكيف وقع اللبس ؟

فالذين يعطون المرأة حقا كاملا فى مساواة الذكور يضعون أمام أعينهم (المعاملة الرديئة) التى تقع فى بعض المجتمعات الاسلامية بالنسبة للمرأة ، وهى معاملة لا يمكن أن يكون الاسلام مسؤولا عنها ، وهى معاملة جعلت الرجل اذا زنى فى بعض البلاد يتغاضى عن (هفوته) على حين تقتل المرأة لأقل من الزنا ، وكم ظلمت أبكار عندما تعرضت لهذا الاتهام ؟.

وأقول : عندما نشرح الموقف الاسلامى الصحيح ، ونضع النقاط على الحروف فى قضايا كثيرة اتهم فيها ديننا ـ وهو برىء ـ فان الذين وضعوا مواثيق (حقوق الانسان) على ما هى عليه ـ سيقدرون وجهة نظرنا ، وسيعودون الى ما قرره الاسلام ، ذلك لأن الفارق بعيد بين حرية الرأى وحرية نقض المجتمع وأساسه وتسليمه لأعدائه .. وهذا هو (الفيصل الجوهرى) بين (حقوق الانسان) فى الاسلام وحقوق الانسان التى أقرتها المنظمات الدولية .

الحرية : حق أساسى للانسان فى الاسلام .

حضارتنا ـ فى قواعدها التشريعية والتاريخية ـ هى حضارة الحرية .. وحتى فى ظلال القبيلة كان الانسان حرا ولما انتقل الى الدولة فى ظل الاسلام .. كان المسلم يقول للخليفة على المنبر (لا سمع ولا طاعة) . ولا يساق الى أبشع وسائل التعذيب . وكانت المرأة تعترض على عمر بن الخطاب ويعترف عمر بخطئه لكن مصطلح الحرية ـ قد غاب فترة من تاريخنا ، ثم شوهته الحضارة الأوربية بمفاهيمها ، بحيث أصبح من الحتم عند تتبع مصطلح الحرية التعرف على الدلالات المختلفة التى استعمل فيها ، وأدوار

الاستعمال التاريخية التى مر بها ــ ومصطلح كمصطلح الحرية لابد فيه من تحقيق كل هذه الأبعاد لكى يوضع فى مكانه السليم •• ولكى تزحزح الغيوم التى من الممكن أن تكون قد تراكمت على جانبيها عبر مسيرته فى التاريخ •
ويرى البعض أن الحرية هى (غياب المعارضة) بالنسبة للشخص ، أى اننا نشعر بحريتنا حين نحس بأن أحدا لا يراقب سلوكنا ؛ ولا يحد من قدراتنا التصرفية •• ومن هنا أطلقوا على النظم الارهابية بأنها النظم المطلقة •• أى الحرة التصرف من الجماهير وفوق هواها •• ولا تعارض بين الدلالتين •• لأنهما فى الحقيقة يكمل بعضها البعض •• فحرية هذا فى أن يقول •• هى نفسها حرية ذاك فى أن يعترض •• أى أن يقول رأيا آخر ••

المهم ألا يستعمل أحدهما وسائل خارجية بعيدة عن القول لكى يمنع الآخر من القول كنا يشاء !! وفى هذا الحال تبدو قضية الشعور لا قيمة لها •• فشعورك باللاحرية لأن أحدا من حقه أن يعترض على قولك هو أنانية ذاتية تريد الاعتداء على حق الغير فى أن يقول •• مثلما أخذت أنت حق القول ابتداء • ومن حق الجهاز الحاكم أن يقول •• أن يدافع عن آرائه ومشاريعه ، لكن أن يمنعنى من حق القول ؛ فهذه هى الاستغلالية والعبوذية ، واساءة التصرف فى حريتى !!

ان الحرية لا تعنى (فقدان الضوابط) بل تعنى انسجام الضوابط وتوازنها ، بحيث لا تكون الضوابط ملزمة للمحكوم فقط ، بل ملزمة للحاكم والمحكوم معا !! والقيود التى تمنع الانسان من الاساءة الى نفسه والى الغير هى قيود مرغوب فيها عموما ، وقيود القانون العادل هى من هذا النوع ؛ وحيث يسود « لا قانون » تسود بالتالى « لا حرية » !!

••• وبالتأكيد تعتبر الحرية الاجتماعية المقننة ؛ والحرية الاقتصادية المقننة ؛ والحرية الفكرية المقننة •• عوامل هامة لاستكمال الحرية السياسية ؛ لأن الحرية السياسية لا تقوم فى فراغ •

ويبقى بعد ذلك أن الحرية السياسية هى أن يتاح للمواطن الاشتراك فى

مجموعة ظروفه في المجتمع ، والدولة الحرة (سياسيا) هي تلك التي تصبح دولة الشعب تحت مظلة الشريعة الاسلامية .

ومرة أخرى : فان الحرية أصيلة في تصورنا الاسلامي وحضارتنا الاسلامية . ليس بمعنى (تحرير الرقيق) — فقط — كما زعم بعض المغرضين — وانما بالمعنى الانساني العام الذي ترجمه الخليفة عمر بن الخطاب في عبارته الشهيرة : « متى استعبدتم الناس وقد ولدتهم أمهاتهم أحرارا » .

الانسان وحق التنقل والهجرة : —

من أهم الحقوق الأساسية الفطرية التي حفظها الاسلام للانسان — حقه في الانتقال ، والرحلة ، والهجرة ، دون ابداء الأسباب ؛ فسواء كان الباعث طلبة لتحسين معاشه ، أو بحثه عن (الأمن) أو حتى زيارة اخوانه أو « النزهة » فهذا شأنه الشخصي وهو لا يسأل عنه — مادام غير مقيد بحق للعباد أو حد لله ، وحول حق الانتقال والهجرة يحدثنا الدكتور عبد الوهاب الشيشاني الأستاذ بجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض — فيقول : لئن كانت حرية التنقل قد أقرتها النظم الوضعية كهدف من الأهداف الانسانية التي توصلت اليها بعد لأي !! فان تلك المرحلة من مفهوم حرية التنقل تعتبر متخلفة للغاية اذا ما قيست بطبيعة فهم الاسلام لهذا الحق، بل بطبيعة فهمه للحياة ذاتها .

فمفهوم الاسلام لحرية التنقل ، وممارستها بالغدو والرواح ، متعلق بالهدف الذي يترتب على ممارسة هذه الحرية — كغيرها من الحريات والحقوق — لأن ما من حق يمارسه الفرد ا لاويترتب على ممارسته مصلحة ظاهرة أو دفع مفسده ظاهره عرفا ، والا لما كان حقا ؛ لأن ممارسة فعل ما دون هدف ، يعتبر نوعا من العبث الذي يرده العقلاء . وتبعا لهذا المنطق تقرر حكم كل نوع من أنواع التنقل للمسلم . فمنه ما يتعلق بمطلق الاباحة، ومنه ما يتعلق بالوجوب ، ومنه ما يتعلق بالحظر . فما يتعلق بالاباحة حرية التنقل التي هي موضوع حديثنا . فقد أقر الاسلام حرية التنقل مطلقة في

المباحات ، فمنه السفر للتجارة والكسب الزائد من الحاجة والقوت ، قال الله تعالى : « ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلا من ربكم » (البقرة ١٦٨) لأن من دأب التجارة كثرة التنقل هنا وهناك ، قال الله تعالى : « فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله » (سورة الجمعة ١٠) وقال سبحانه : « هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه واليه النشور » (سورة الملك ١٥) .

ـ ولذا كان من وصايا الخليفة عمر بن عبد العزيز (رحمه الله ورضى عنه) قوله : « افتحوا للمسلمين باب الهجرة » وقوله (رحمه الله) : « دعوا الناس تتجر بأموالها فى البر والبحر ، ولا تحولوا بين عباد الله ومعايشهم » .

ـ ويشمل الاباحة فى التنقل كذلك حرية المسلم فى التنقل والسفر فى طلب أى مباح مما أحله الله له ، وندب اليه : كالسفر فى طلب الدواء ؛ والترويح عن النفس . وقصد البقاع الشريفة ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدى هذا ، والمسجد الأقصى » .

ـ ومما ندب الله اليه المسلمين السفر بقصد زيارة الاخوان فى الله .. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « زار رجل أخا فى قرية ؛ فأرسل الله ملكا على مدرجته ؛ فقال : أين تريد ؟ قال : أريد أخا لى فى هذه القرية ؛ فقال : هل لك عليه من نعمة تؤديها ؟ قال : لا انى أحبه فى الله تعالى ، قال : فانى رسول الله اليك بأن الله أحبك كما أحببته » رواه مسلم وغيره .

ومما يتعلق بالوجوب : أى السفر الواجب على المسلم حين تتوافر دواعيه ؛ ومنه (الهجرة) فقد قسم العلماء أنواع السفر الواجب والهجرة الواجبة الى ستة أقسام :

الأول : الخروج من دار الحرب الى دار الاسلام ، وهى باقية الى يوم

القيامة ، والتى انقطعت بالفتح ـ الى المدينة فى قوله صلى الله عليه وسلم لا هجرة بعد الفتح » •

وهى القصد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حيث كان •

الثانى : الخروج من أرض البدعة ؛ قال ابن القاسم سمعت مالكا يقول : لا يحل لأحد أن يقيم بأرض يسب فيها السلف •

الثالث : الخروج من أرض يغلب عليها الحرام فان طلب الحلال فريضة على كل مسلم •

الرابع : الفرار من الأذية فى البلدان ؛ وذلك فضل من الله تعالى رخص فيه ؛ فاذا خشى على نفسه فى مكان فقد أذن الله تعالى له بالخروج منه والفرار بنفسه ، ويخلصها من ذلك المحظور ، وأول من فعل ذلك ابراهيم عليه السلام حين خاف من قومه فقال : « انى مهاجر الى ربى » وقال تعالى مخبرا عن موسى عليه السلام « فخرج منها خائفا يترقب » (سورة القصص ٢١) •

الخامس : الخروج خوف المرض فى البلاد الوخمة الى الأرض النزهة ؛ وقد أذن صلى الله عليه وسلم للعرنيين ـ فى ذلك حين استوخموا المدينة أن يخرجوا الى المرج » ـ والوخم الكسل ـ !!

السادس : الخروج خوفاً من الأذية فى المال • فان حرمة مال المسلم كحرمة دمه •

وهكذا ـ يتأرجح حق الانسان فى الانتقال ـ بحرية ـ بين المباح والواجب أما (المنع من السفر) دون حق من حقوق الله أو العباد ـ فهو انتهاك لحقوق الانسان لا يرضاه الاسلام ؛ وهو جريمة فى حق الانسان المسلم من حقه أن يقاضى عليها •

العدل حق من حقوق الانسان :

ثمة أساسيات تقوم عليها قواعد الحياة الانسانية ، ولا تصبح لائقة بالانسان الا بها — ومن أهم هذه القواعد (حق العدل) فى كل جوانبه الانسانية والتشريعية ، ولكى نعرف قيمة العدل فاننا يجب أن نعرف مصير الحضارات عندما يعم الظلم .. انه مصير مظلم دائما ؛ فالعدل أساس الملك •

حق ... وحول العدل — كحق من حقوق الانسان فى الاسلام يحدثنا الدكتور محفوظ عزام — أستاذ الثقافة الاسلامية بكلية الملك خالد العسكرية بالرياض — فيقول :

لقد حرص الاسلام على كرامة الانسان ، ووصول حقه اليه ؛ لهذا كانت العدالة من المثل الأساسية التى جاء الاسلام ليقررها بين بنى الانسان •

فالعدل ضرورى لاقامة الحق وضمان العدل يشيع الطمأنينة وينشر الأمن ، ويشد علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، ويجعل الروابط بينهم قائمة على الاخاء والتوازن والانسجام •

لهذا جاءت آيات القرآن الكريم وأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم مليئة بالدعوة الى العدالة واحقاق الحق ؛ محذرة من الظلم والبغى ، ومحرمة له تحريما قاطعا ، ومتوعدة عليه بالعقاب الغليظ ، حيث يعلن القرآن الكريم : « ان الله يأمر بالعدل والاحسان وايتاء ذى القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى » (سورة النحل ٩٠) •

ان الله — وقد جعل العدل من أوصافه — ما أرسل رسله ولا أنزل كتبه ولا كلف الناس بالشرائع الا لاقامة العدل والحق « لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط » (الحديد ٢٥)

« وأقيموا الوزن بالقسط ولا تخسروا الميزان » (الرحمن ٧ — ٩) •

واقامة العدل احدى وظائف الرسول « وقل آمنت بما أنزل الله من كتاب وأمرت لأعدل بينكم » (سورة الشورى ١٥) •

ـ أما الظلم فانه أمر حرمه الله على نفسه وحرمه على العباد « وما الله يريد ظلما للعباد » (سورة غافر ٣١) وفى الحديث القدسى : « يا عبادى انى حرمت الظلم على نفسى وجعلته بينكم محرما فلا تظالموا » وقد نهى الرسول عن الظلم وجعله ظلمات يوم القيامة : « اتقوا الظلم فان الظلم ظلمات يوم القيـامة » .

والعدل الذى ينادى به الاسلام عدل مطلق يسـاوى بين الناس « واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (سورة النساء ٥٨) .

ولا تعتبر العداوة التى تقوم بين الناس مبرراً لقيام الظلم أو ترك العدل « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا ، اعدلوا هو أقرب للتقوى ، واتقـوا الله ان الله خبير بما تعملون » (المائدة ٨) .

حتى القول ينزه الله سبحانه وتعالى عباده ألا يعدلوا فيه « واذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قربى وبعهد الله أوفوا ذلكم وصاكم به لعلكم تذكرون » (سورة الأنعام ١٥٢) .

والعدل يوصف به الفرد كما يوصف به المجتمع ، فالعدل فى الأفراد هو اعطاء كل ذى حق حقه ، ومن آفاته التحيز ، والمجتمع العادل هو المجتمع الذى له من نظمه وقوانينه ما يسهل لكل فرد أن يصل الى حقه وأن يرقى على قدر استعداده ، والتحديد الدقيق لعلاقة الفرد بالمجتمع عدل أيضـا ، وأساس العدل التجرد عن الهوى وعدم التأثر بأى شىء الا الحق .

فالعدل من أسس الحكم ودعامته القوية ، لهذا قال أبو بكر رضى الله عنه بعد أن ولى الخلافة : « الضعيف فيكم قوى عندى حتى آخذ الحق له ، والقوى فيكم ضعيف عندى حتى آخذ الحق منه » وكان عمر رضى الله عنه ـ لحرصـه على أن يحكم عماله وولاته بالعـدل ـ يخرج مع من يستعملهم يشيعهم ويذكر لهم أنه لم يستعملهم على الناس لينالوا من ابشارهم وأموالهم

وأعراضهم ، وانما ليعلموهم كتاب الله وسنة رسوله ، وليقضوا بينهم بالحق ؛ ويقسموا بينهم بالعدل .

وكان يقول للناس : « من ظلمه عامله بظلامة فليرفعها حتى أقصه منه وحين سأله عمرو بن العاص قائلا : « يا أمير المؤمنين أرأيت ان أدب الأمير رجلا من رعيته أتقتص منه ؟ » فقال عمر : ما لى لا أقتص منه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقص من نفسه ؟ » .

ــ والعدل الذى يتطلبه الاسلام عدل فى الحكم ، والامام العادل أحد سبعة يظلهم الله فى ظله يوم لا ظل الا ظله .

وهو عدل فى الضعفاء وتسوية بين المتخاصمين مهما اختلفت منزلتهم أو تباينت طبقاتهم ، كما انه عدل فى توزيع الحقوق والواجبات وعدل بين الزوجات ان كن أكثر من واحدة ، وعدل بين طوائف المسلمين اذا تخاصمت « وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما بالعدل وأقسطوا ان الله يحب المقسطين » (الحجرات ٩) .

ان العدل فى الاسلام كامل مطلق حتى مع الخصوم والأعداء ، وبالتالى فهو أحرى أن يكون عدلا مع الذميين والمعاهدين ، وقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم : « من آذى ذميا فأنا خصمه ، ومن كنت خصمه خصمته يوم القيامة » وقال : « ألا من ظلم معاهداً أو تنقصه حقه أو كلفه فوق طاقته أو أخذ منه شيئا بغير طيب نفس فأنا خصمه يوم القيامة » ــ ذلك لأن غير المسلمين متى أقاموا بديار الاسلام صار لهم ذمة الله وذمة رسوله ، ومن حقوقهم رعاية العدل معهم فى كل حال .

وهكذا تتعدد آفاق العدل فى الاسلام ــ كما صورها الدكتور محفوظ عزام ــ بحيث تنتظم كل الجوانب ، مع الأقرباء ومع الخصوم ، ومع المسلمين ، ومع غير المسلمين ، فالعدل ــ فى شريعة الاسلام ــ عدل مطلق ، لأن العدل يجب أن يكون كذلك ، والا فانه ليس عدلا .

ميثاق حقوق الانسان فى الاسلام [1] :

يقسم فقهاء القانون الحقوق الى حقوق سياسية وأخرى مدنية • وتقسم الحقوق المدنية الى حقوق عامة وخاصة ، ويطلق على الحقوق العامة تعبير (الحريات العامة) •

وتتميز هذه الحريات العامة والحقوق بأنها مقررة لكل الناس دون تفرقة بينهم •

ويمكن رد الحقوق العامة الى أصلين هما المساواة المدنيـة والحريات الفردية • ويراد بالمساوة المدنية المساواة القانونية فى الحقوق والواجبات دون تمييز بين الناس بسبب اللغة أو الدين أو العرق أو المولد • وتشـمل الحريات الفردية حريات تتعلق بالمصالح المادية والمعنوية للانسان • فالحريات التى تتعلق بالمصـالح المادية تقـرر الحرية الشخصية وحرية التملك وحرية المسكن وحرية العمل • أما الحريات التى تتعلق بالمصالح المعنوية للانسـان فتشتمل على حرية العقيـدة وحرية الاجتمـاع وحرية التعليم وحرية الرأى وحرية تأليف الجمعيات وهـذا التقسيم للحقوق والحريات قام به أنصـار المذهب الفردى وهو أساس النظام السياسى فى أوروبا الغربيـة والولايات المتحدة • وعلى هدى هذا التقسيم للحقوق والحريات صدر الاعلان العالمى لحقوق الانسان (١٩٤٨) • غير أن الفقه الحديث قد قسم الحقوق والحريات الى حقوق فردية وحقوق اجتماعية واقتصادية • فالحقوق الفردية يكتسبها الانسان بوصفه كائناً مجردا أما الحقوق الاجتماعية والاقتصادية فانها وليدة الفكر الحديث ونتيجة للتطور الاجتماعى والاقتصادى وهذه الحقوق تتقرر للانسان باعتباره يعيش فى جماعة منظمة ومتقدمة اقتصاديا واجتماعيا ويؤخذ على هذا التقسيم الحديث بأن الحقوق الفردية هى فى ذاتها حقوق اجتماعية لأن الحق لا يوجد الا فى نطاق الجماعة •

---

(١) من ملف الشرق الأوسط بقلم د. حسن عطية الله

ويبدو أنه بموجب هذا االتقسيم الحديث للحقوق والحريات صدرت الاتفاقية الدولية لحقوق الانسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وكذلك الاتفاقية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية والبروتوكول الاختبارى الملحق بها فى ١٦ ديسمبر ١٩٦٦ م ولو استعرضنا نصوص الاعلان العالمى لحقوق الانسان لوجدناه نص على حق الانسان فى الحرية والكرامة وعلى حقه فى الحياة والمساواة والسلامة والملكية والزواج والعمل والتعليم والرعاية الصحية والحياة الشخصية • ونص كذلك على حرية الانسان فى التفكير والرأى والتعبير والاجتماع والدين •

وعلى ذات الحقوق والحريات نصت الاتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية • وتأتى أهمية نصوص الاتفاقيتين الدوليتين التى أعلن عنها الاعلان العالمى لحقوق الانسان فى نصوص ذات أثر سياسى انها تحولت بموجب الاتفاقيتين الدوليتين الى التزام قانونى واجب التنفيذ •

قاعدة فى القانون الدولى الحديث :

ويجدر بالذكر أن الاعلان العالمى لحقوق الانسان لم ينص على حق الشعوب فى تقرير مصيرها ولم ينص على حقها فى التصرف بحرية فى ثرواتها ومواردها الطبيعية كما أن ميثاق الأمم المتحدة عالج حق تقرير المصير بنصوص مهمة وعامة وغير واضحة وتفادى ذكر هذا الحق فى مواضع كان يجب ذكره فيها ولكن واضعى الميثاق كانوا يخفون مصالحهم وراء هذه النصوص ويصرون على القول أن تقرير المصير مبدأ من المبادىء وليس حقا من الحقوق • ولقد اعتبر النص فى الاتفاقيتين الدوليتين على حق الشعوب فى تقرير المصير نصرا للدول التى حرمت من هذا الحق • وذهب كثير من الشراح الى القول أن حق تقرير المصير أصبح قاعدة من قواعد القانون الدولى الحديث وان نكران ذلك الحق يعد انتهاكا لقواعد القانون الدولى يضر بالأمن والسلم الدولى • ولعله يدعو للفخر والاعزاز أن نقرر هنا أن هذا الحق الذى لم يقرره المجتمع الدولى الا فى الاتفاقيتين الدوليتين

الصادرتين فى ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦ م واللتين دخلتا طور التنفيذ فى يناير ومارس سنة ١٩٧٦ م • هذا الحق للانسان والشعوب قد اعترفت به الشريعة الاسلامية منذ أمد بعيد • فقد قرر فقهاء الشريعة الاسلامية أن لكل آمة أن تقرر مصيرها من غير اعتداء أمة على أخرى ولا يجوز للمسلمين أن يعتـدوا على أحد ولا يجوز لدولة الاسـلام أن تستعمر أرض دولة أخرى أو تأخذ وسائل الاستغلال على يدى أهلها وعلى هـذا المبدأ والعدل أبقى عمر بن الخاب وأصحابه الأرض الزراعية فى أيدى أهلهـا المغلوبين وجعلوا عليهم ضرائب مفروضة سموها الخراج • وهذا المبدأ الذى قضى به عمر بن الخطاب فى فجر الاسلام هو عين ما قررته اتفاقيتا حقوق الانسان المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقـافية من انه لا يجـوز حرمان شعب ما من وسائل المعيشة الخاصة •

القرآن والسنة يؤكدان حرية العقيدة :

ويروى فى حق الشعوب فى تقرير مصيرها أن قتيبة بن مسلم الباهلى فتح بعض أقاليم سمرقند دون أن يخير أهلها بين الاسلام أو العهد أو القتـال ، فشكوا الى الخليفة عمر بن عبد العزيز فأرسل قاضيا ليحقق فى الشكوى ولما اتضح له صحتها أمر بخروج جند المسلمين من البلد الذى فتحوه حتى يخير أهلها ليقرروا مصـيرهم • وفى مجال حرية العقيدة للانسـان فقـد قررت النصوص القرآنية والسنة النبوية واجتهادات الخلفاء الراشدين مترسمين خطى النبى الأمى اذ قررت هذه المصـادر الأصلية للاسلام حرية العقيـدة والفكر والرأى • فقد جاء النص القرآنى (أفأنت تكره الناس حتى يكونوا مؤمنين) وقال تعـالى : (ومن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر) ومن هـذه النصوص القرآنية وعلى هديها جاء عهد الرسول الى نصارى نجران مقرراً :

ولنجران وحاشيتها جوار الله وذمة محمد النبى رسول الله على ما تحت أيديهم من قليل أو كثير لا يغير أسقفا من أسقفيته ولا راهبا من رهبانه ولا كاهنا من كهانته ــ وسلك عمر بن الخطاب سنة الرسول فى عهده مع أهل ايلياء (بيت القدس) ويروى عنه رضى الله عنه انه أزال التراب عن هيكل

يهودى ليقيم اليهود شعائرهم عنده ولما حضرت الصلاة وهو بجوار كنيسة بيت المقدس صلى خارجها قائلا : (خشيت أن أصلى فيها فيزيلها المسلمون من بعدى ويتخذونها مسجدا) وجاء فى عهد عمر بن الخطاب لأهل ايلياء ما نصه : (أعطاهم أمانا لأنفسهم ولأموالهم ولكنائسهم وصلبانهم وسقيمها وبريئها وسائر ملتها انه لا تمس كنائسهم ولا تهدم ولا ينقص منها ولا من حيزها ولا من شيء من أموالهم ولا يكرهون على دينهم ولا يضار أحد منهم) ولقد قرر فقهاء المسلمين واستنبطوا من النصوص القرآنية والسنة النبوية وأعمال صحابة رسول الله قاعدة تقرر أن المسلمين قد أمروا بترك غير المسلمين وما يدينون فلا يضار غير المسلم فيما يعتقد وله الحق فى اقامة شعائره الدينية حراً غير مضطرب .

وهذه الحرية الشخصية التى قررتها النصوص القرآنية والسنة النبوية منذ أربعة عشر قرنا من الزمان لم يعترف بها المجتمع الدولى للانسان ١٩٤٨ التى قررت حق كل انسان فى حرية التفكير والضمير والدين ويشمل هذا الحق حرية الاعراب وممارسة واقامة الشعائر الدينية .

واذا كانت الشريعة الاسلامية قد كفلت النصوص القرآنية والسنة النبوية وأعمال الصحابة وحرية العقيدة فان الشريعة الغراء أكدت حق الانسان فى الكرامة والحرية والمساواة دون تمييز بين الناس بسبب الدين أو العرق أو للون بل ان هذه الكرامة الانسانية واجبة فى الحرب والسلم على السواء بل واجبة للانسان حيا أو ميتاً وقد اعتبرت الشريعة الاسلامية المساواة بين الناس فى الحقوق والواجبات حقا طبيعياً مستحقا بمقتضى الفطرة . وجاءت كرامة الانسان من خالق الانسان فى قول الحق عز وجل : (ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا) .

عهد الأمان ومشكلات السياحة فى ضوء الشريعة الاسلامية (١)

---

(١) من ملف الشرق الأوسط بقلم : د. عبد الحليم عويس .

السائحون الذين يدخلون فى عهد الأمان هم السائحون من غير المسلمين ، ومثلهم التجار وغيرهم . أما المسلمون فى بلاد الاسلام فهم اخوة ، وليسوا داخلين فى عهد الأمان . لكن الدكتور محمد كمال امام شاء أن يعرض هذا الاستفهام فى نهاية كلمته تلك ، ونحن نبادر بالاجابة عليه ، ونترك — بعد ذلك للدكتور محمد امام ، الأستاذ المساعد بجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض معالجة الحقوق الأساسية للسياح ولأمثالهم من الداخلين فى عهد الأمان ، يقول : ان غير المسلمين فى الدولة الاسلامية صنفان ، الصنف الأول : ويضم رعايا الدولة من الأقليات غير المسلمة ، والتى لها حقوقها وعليها واجباتها بعقد الذمة ، وهم الذميون وخلاصة الموقف الاسلامى منهم أن « لهم ما لنا وعليهم ما علينا » .

الصنف الثانى : وهم غير المسلمين من غير رعايا الدولة الاسلامية والذين يدخلونها للزيارة ويسمون بالمستأمنين .

واذا كنا نركز الحديث على الصنف الثانى لأن منه السياح ، الا أن الفقهاء الاسلاميين قد استقر رأيهم على أن المستأمن بمنزلة الذمى ، مادام فى أرض الاسلام . وعقد الأمان بالنسبة للسائح يفيد العصمة فى نفسه وماله فحمايته كانسان أول موجبات عقد الأمان ، طوال مدة اقامته . أما ماله فانه يصبح مضمونا بحكم الأمان . وأول ما نريد ايضاحه أن السائح اذا ما طلب تأشيرة دخول الى الدولة الاسلامية ، فانها لا تلزم باعطائها ، فقد يكون فى دخوله مفسدة فيمنع ، وان كانت الدولة لا تمنع غالبا رعايا الدول الأخرى من السياحة فى أراضيها ، الا معاملة بالمثل أو درءاً للمفاسد .

الأمر الثانى أن السائح اذا ما دخل الدولة الاسلامية فله حرية العقيدة ، وله حق السكن ، وله حرمة المال ، وله حرية التنقل .

١ — فله حرية العقيدة يمارسها بشعائرها المختلفة ، مكفولة غير ممنوعة ومع ذلك ليس له أن يجهر بما يعد منكراً فى قطر المسلمين ، كأن يعلن

التثليث ، وحرية العقيدة لا تمنحه مطلقا حق الدعوة لدينه ، فذلك منكر يجب دفعه بل ان بعض الفقهاء — ولهم الحق — يرى فيه نقضاً لعقد الأمان •

٢ — وله حرية السكن ، فمن حقه أن ينزل فى فندق ، أو يقيم فى منزل صديق ، أو يستأجر مكاناً مستقلا ، ومع ذلك فان الدولة الاسلامية وفقا لمصالحها يمكنها منعه من الاقامة فى أماكن معينة ، لأسباب تتعلق بمصلحة الدعوة الاسلامية ، أو أمن الدولة الاسلامية •

٣ — وله حرمة ، فلا يسلب ماله ، ولا يمنع من بيع أو شراء ، الا اذا كان فى ذلك اضرار بالدولة ، كأن يشترى السلاح والكراع ، ليخرج به الى أرض الأعداء • كما أن ماله ، اذا ما توفى فى القطر الاسلامى ، يحمل الى بلده ليوزع على ورثته وفقا لشريعته •

٤ — وله حرية التنقل فهو ما جاء الا للزيارة ، فينبغى أن توفر له سبلها ، وأن تمنح له تصريحها ، الا اذا كانت المصلحة تقتضى منعه من زيارة بعض الأماكن ، أو كانت الشريعة تمنع من دخوله بعض المدن ، فغير المسلم لا يسمح له بزيارة بعض الأماكن أو كانت الشريعة تمنع من دخوله بعض المدن ، فغير المسلم لا يسمح له بزيارة مكة حيث لا يجوز دخول حرمها لغير المسلم ، ذميا كان أو مستأمنا •

واذا كانت هذه بعض الحقوق التى يمنحها حق الأمان للسائح فان عليه واجبات ، أهمها : ألا يجهر بما هو منكر ، محظور الوقوع ، فى الشرع الاسلامى • وليس له أن يجلب معه الى داخل الدولة الاسلامية ماهو ممنوع دخوله فى أراضيها ، مثل تهريب المخدرات أو تزييف النقود • كما أن عليه أن يحترم النظام الاسلامى العام ، فى ملبسه وأسلوب حياته الظاهرة ، فليس له أن يسير فى الشارع العام بزى غير لائق ، وليس للمرأة أن تخرج سافرة فى الطريق العام ، وليس له أن يمارس معها جهرا ما قد يكون أمراً طبيعيا فى بلده الأصلى • ونحن نرى أنه ليس للسائح أن يصطحب معه غير محارمه من النساء ، عندما يجىء زائراً للدولة الاسلامية ينبغى أن توضع فى ذلك

الضوابط التى تحول بين السائح وبين الاخلال بالنظام الاسلامى العام .
ومع ذلك فاننا نطرح على الفكر الاسلامى المعاصر ـ فى ختام كلمتنا سؤالا نرجو الاجابة عليه ، وهو : هل يعتبر المسلم الذى يأتى أية دولة اسلامية للزيارة أو التجارة ؛ هل يعتبر ـ من وجهة نظر الاسلام ـ أجنبيا يدخل بعقد أمان ؟

ووجهة نظرنا أن المسلم يعتبر مواطنا فى أية دولة اسلامية دخلها تم ذلك سوف يغير كثيرا من مفاهيمنا فى القانون الدولى الخاص ، وفى الجنسية ، ومركز الأجانب . ولكن لا بأس فالاسلام مستقل فى مفاهيمه التشريعية ، وليس لنا أن نخضعه لما يراه العقل القانونى المعاصر فى هذا الصدد ، ان الجنسية فى الاسلام أساسها العقيدة ، لا مكان الولادة أو موطن الوالد أو الوالدين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب تحريم القتل)

ومن يجب عليه القصاص ومن لا يجب عليه

(القتل بغير حق حرام وهو من الكبائر العظام ، والدليل عليه قوله عز وجل : « ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه واعد له عذابا عظيما » روى ابو هريرة رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : (لقتل مؤمن اعظم عند الله من زوال الدنيا) وروى ابن عباس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه قال : « لو ان اهل السموات والأرض اشتركوا فى قتل مؤمن لعذبهم الله عز وجل الا ان لا يشاء ذلك ») .

الشرح قوله تعالى : (ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها) الآية . فى صحيح البخارى عن ابن جبير قال : اختلف فيها أهل الكوفة فرحلت الى ابن عباس فسألته عنها فقال نزلت هذه الآية (ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم) هى آخر ما نزل وما نسخها شىء ، وكذا رواه

مسلم والنسائى من طرق عن شعبة به ورواه أبو داود عن أحمد بن حنبل بسنده عن سعيد بن جبير عن ابن عباس فى الآية فقال ما نسخها شيء •

وقال ابن جرير باسناده عن يحيى الجابرى عن سالم بن أبى الجعد قال : « كنا عند ابن عباس بعد ما كف بصره فأتاه رجل فناداه : يا عبد الله ما ترى فى رجل قتل مؤمناً متعمداً ؟ فقال جزاؤه جهنم خالداً فيهــا الى آخر الآية ، قال : أفرأيت ان تاب وعمل صالحاً ثم اهتدى ؟ قال ابن عباس « ثكلته أمه ، وأنى له التوبة والهدى ؟ والذى نفسى بيده لقد سمعت نبيكم صلى الله عليه وسلم يقول : ثكلته أمه قاتل مؤمن متعمداً جاء يوم القيامة آخذه بيمينه أو بشماله • تشخب أوداجه من قبل عرش الرحمن يلزم قاتله بشماله ؛ وبيده الأخرى رأسه يقول : يا رب سل هذا فيم قتلنى ؟ » وايم الذى نفس عبد الله بيده لقد أنزلت هذه الآية فما نسخها من آية حتى قبض نبيكم صلى الله عليه وسلم وما نزل بعدها من برهان » • وقد رواه أحمد فى مسنده • أما حديث « لزوال الدنيا أهون على الله من قتل رجل مسلم » فانى لم أعثر عليه من حديث أبى هريرة ، ولا أتهم المصنف بالخطأ فى عزوه اليه فلست أهلا لذلك ؛ وانما وجدت الحديث فى سنن النسائى من حديث بريدة رضى الله عنه • وعنده أيضاً من حديث ابن عمر ولفظه « لقتل مؤمن أعظم عند الله من زوال الدنيا » وكذلك الترمذى • وعنــد ابن ماجه من حديث البراء • أما حديث ابن عباس فقد أخرجه الترمذى من حديث أبى سـعيد وأبى هريرة بلفظ « لو أن أهل السماء وأهل الأرض اشتركوا فى دم مؤمن لكبهم الله فى النار » فى الديات •

أما الأحكام . فان القتل بغير حق حرام ، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى : « ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق » وقوله تعالى : « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأ » فأخبر أنه ليس للمؤمن أن يقتل مؤمناً الا خطأ ، ولم يرد بقوله « الا خطأ » أن قتــله خطأ يجوز • وانما أراد لكن اذا قتله خطأ فعليه الدية والكفارة •

وقوله « ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم » الآية ، أما السنة فعلى

ما مضى من الأحاديث ، وما سيأتي مما يجاوز الحصر . وأما الإجماع فانه لا خلاف بين الأمة في تحريم القتل بغير حق .

اذا ثبت هذا فمن قتل مؤمناً متعمداً بغير حق فسق واستوجب النار ، الا أن يتوب .

وحكى عن ابن عباس قوله « لا تقبل توبة القاتل » . ودليلنا قوله تعالى : (والذين لا يدعون مع الله الهاً آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ــ الى قوله تعالى ــ الا من تاب) الآية . ولقوله صلى الله عليه وسلم : « التوبة تجب ما قبلها » ولأن التوبة اذا صحت من الكفر فلأن تصح من القتل أولى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ويجب القصاص بجناية العبد ، وهو أن يقصد الاصابة بما يقتل غالباً فيقتله ، والدليل عليه قوله تعالى : (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص) وقوله تعالى : « كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد » الآية . وقوله تعالى : « ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب » .

وروى عثمان رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث : الزاني المحصن والمرتد عن دينه وقاتل النفس » ولأنه لو لم يجب القصاص ادى ذلك الى سفك الدماء وهلاك الناس ولا يجب بجناية الخطأ ، وهو ان يقصد غيره فيصيبه فيقتله ، لقوله عليه السلام : « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلا يستحق مع الخطأ ولا يجب في عمد الخطأ ، وهو ان يقصد الاصابة بما لا يقتل غالباً فيموت منه ، لأنه لم يقصد القتل فلا يجب عليه عقوبة القتل ، كما لا يجب حد الزنا في وطء الشبهة حيث لم يقصد الزنا)

الشرح قوله تعالى : (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) الخ الآيات . أخرج أحمد في مسنده عن عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبد الله بن عبد الله بن عباس عن أبيه قال : ان الله أنزل ومن لم يحكم بما

أنزل الله فأولئك هم الكافرون وأولئك هم الظالمون وأولئك هم الفاسقون .
آنزلها الله فى الطائفتين من اليهود ، وكانت احداهمـا قد قهرت الأخرى فى الجاهلية حتى ارتضوا واصطلحوا على أن كل قتيل قتلته العزيزة من الذليلة فديته خمسون وسقا ، وكل قتيـل قتلته الذليلة من العزيزة فديته مائة وسق ، فكانوا على ذلك حتى قدم النبى صلى الله عليه وسلم ، فقتلت الذليلة من العزيزة قتيلا ؛ فأرسلت العزيزة الى الذليلة تطلب مائة وسق ؛ فقـالت الذليلة : وهل كان فى حيين دينهما واحد ونسبهما واحد وبلدهما واحد دية بعضهم نصف دية بعض ؟ انما أعطيناكم هذا ضيما منكم لنا وفرقا منكم ، فأما اذ قدم محمد فلا نعطيكم ، فكادت الحرب تهيج بينهما (وهما قريظـة والنضير) ثم ارتضوا على أن يجعلوا رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهم ثم ذكرت العزيزة فقالت : والله ما محمـد بمعطيكم منهم ضعف ما يعطيهم منكم ؛ ولقد صدقوا ما أعطونا هذا الا ضيما منا وقهراً لهم ، فدسـوا الى محمـد من يخبر لكم رأيه ان أعطاكم ما تريدون حكمتموه وان لم يعطكم حذرتم فلم تحكموه . فدسوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ناساً من المنافقين ليخبروا لهم رأى النبى صلى الله عليه وسلم فلما جاءوا رسول الله صلى الله عليه وسلم أخبر الله رسـوله بأمرهم كله وما أرادوا ، فأنزل الله تعالى (يا أيها الرسول لا يحزنك الذين يسارعون ـ الى قوله تعالى ـ وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ـ الى قوله تعالى ـ ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون) .

وروى الامام أحمد باسناده عن الزهرى عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قرأها (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) نصب النفس ورفع العين . وكذا رواه أبو داود والتـرمذى والحـاكم فى مستدركه من حديث عبد الله بن المبارك . وقال الترمذى : حسن غريب . وقال البخارى : تفرد ابن المبارك بهذا الحديث . وقـد استدل كثير ممن ذهب من الأصوليين والفقهاء الى أن شرع من قبلنا شرع لنا اذا حكى مقرراً ولم ينسخ كما هو المشهور عند الجمهور ، وكما حكاه الشـيخ أبو اسحاق الاسفرايينى عن نص الشافعى وأكثر الأصحاب بهذه الآية حيث كان الحكم عندنا على وفقها فى الجنايات .

وقال الحسن البصرى : هى عليهم وعلى الناس عامة • رواه ابن أبى حاتم ، وقد حكى الامام النووى فى كتاب الصوم من المجموع فى هذه المسئلة ثلاثة أوجه ثالثها : أن شرع ابراهيم حجة دون غيره وصحح منها عدم الحجية ، ونقلها الشيخ أبو اسحاق الاسفراينى أقوالا عن الشافعى وأكثر الأصحاب • ورجح أنه حجة عند الجمهور من أصحابنا • وقد حكى الامام أبو نصر بن الصباغ فى الشامل اجماع العلماء على الاحتجاج بهذه الآية على ما دلت عليه •

أما حديث عثمان رضى الله عنه فقد أخرجه أبو داود فى الديات عن سليمان بن حرب والترمذى فى الفتن عن أحمد بن الضبى والنسائى فى المحاربة عن ابراهيم بن يعقوب وعن مؤمل بن اهاب وعن أبى الأزهر أحمد ابن الأزهر وابن ماجه فى الحدود وعن أحمد بن عبدة ، ولفظه « أن عثمان أشرف يوم الدار فقال أنشدكم الله أتعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث ، زنا بعد احصان ، أو ارتداد بعد اسلام ، أو قتل نفس بغير حق فقتل به ، فو الله ما زنيت فى جاهلية ولا فى اسلام ، ولا ارتددت منذ بايعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ ولا قتلت النفس التى حرم الله ، فبم تقتلوننى ؟ » قال الترمذى : ورواه حماد ابن سلمة عن يحيى بن سعيد فرفعه •

وروى يحيى بن سعيد القطان وغير واحد عن يحيى بن سعيد هذا الحديث فأوقفوه ولم يرفعوه ، وقد روى هذا الحديث من غير وجه عن عثمان عن النبى صلى الله عليه وسلم مرفوعاً •

ورواه الشيخان وأصحاب السنن وأحمد عن ابن مسعود بلفظ « قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يحل دم امرىء مسلم يشهد أن لا اله الا الله وأنى رسول الله إلا باحدى ثلاث ، الثيب الزانى ، والنفس بالنفس ، والتارك لدينه المفارق للجماعة » وروى أحمد والنسائى عن عائشة مرفوعاً « لا يحل دم امرىء مسلم الا من ثلاثة الا من زنى بعد ما أحصن ، أو كفر بعد ما أسلم ، أو قتل نفساً فقتل بها » ورواه مسلم عنها بمعناه •

وفى لفظ رواه النسائى عنهـا « لا يحل قتل مسلم الا فى احدى ثلاث خصال زان محصن فيرجم ، ورجل يقتل مسلماً متعمـداً ، ورجل يخرج من الاسلام فيحارب الله عز وجل فيقتل أو يصلب أو ينفى من الأرض » وأخرجه بهذا اللفظ أبو داود والحاكم وصححه •

اما الأحكام فانه اذا قتل من يكافئه عامداً ــ وهو أن يقصد قتله بما يقتل غالباً فيموت منه ــ وجب عليه القصاص لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) الآية وهذه الآية حجة لنـا بلا خلاف ، لأن من أصحابنا من يقول : شرع من قبلنا شرع لنا اذا لم يتصـل به نكير • ومن قال منهم ليس بشرع لنا ؛ فان الشرع قد ورد به تبوت حكم هذه الآية فى حقنا ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للربيع بنت معوذ حين كسرت سن جارية من الأنصار « كتاب الله القصاص » وليس للسن ذكر فى القصاص الا فى هـذه الآية ، وقوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى ، الحر بالحر والعبـد بالعبد) الآية • وقوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة) •

ومعنى ذلك أن الانسـان اذا علم أنه يقتل اذا قتل لم يقتل ، فكان فى ذلك حياة لهما ، وكانت العرب تقول فى الجـاهلية القتل أنفى [1] للقتل ، وكان ما ورد به القرآن أحسن لفظاً وأشمل معنى • وقوله تعالى (ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا) والسلطان ههنا القصاص •

وروى عثمان رضى الله عنه وأرضاه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل دم امرىء مسلم الا باحدى ثلاث الخ » وقد خرجناه آنفا ، ولا يجب القصاص للقتل الخطأ ، وهو أن يقصد غيره فيصيبه فيقتله ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولا يجب القصاص فى عمد الخطأ وهو أن يقصد اصابته بما لا يقتل غالباً فيموت منه ؛ لأنه لم يقصد القتل فلم تجب عليه عقوبة القتل •

---

(١) ورد هذا المثل بعد دخول الترقيم فى الحروف بصيغ مختلفة ، مثـل القتل اتقى للقتل ، والقتل ابقى للقتل ، والقتل انفى للقتل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجب القصاص على صبى ولا مجنون لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبى حتى يبلغ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولانه عقوبة مغلظة فلم يجب على الصبى والمجنون كالحدود والقتل بالكفر . وفى السكران طريقان ، من اصحابنا من قال يجب عليه القصاص قولا واحداً ، ومنهم من قال : فيه قولان ، وقد بيناه فى كتاب الطلاق .

فصـــل ويقتل المسلم بالمسلم ، والذمى بالذمى ، والحر بالحر ، والعبد بالعبد ، والذكر بالذكر ، والانثى بالانثى ، لقوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى) ويقتل الذمى بالمسلم ، والعبد بالحر ، والانثى بالذكر ، لانه اذا قتل كل واحد منهم بمن هو مثله فلان يقتل بمن هو افضل منه اولى ، ويقتل الذكر بالانثى لما روى ابو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن ابيه عن جده « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن ان الرجل يقتل بالمرأة » ولان المرأة كالرجل فى حد القذف فكانت كالرجل فى القصاص) .

الشرح قوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى) الآية . ذكر سبب نزولها العلامة ابن كثير فى تفسيره فنقل ما رواه ابن أبى حاتم بالاسناد عن سعيد بن جبير قال : يعنى اذا كان عمداً الحر بالحر . وذلك أن حيين من العرب اقتتلوا فى الجاهلية قبل الاسلام بقليل ، فكان بينهم قتل وجراحات حتى قتلوا العبيد والنساء ، فلم يأخذ بعضهم من بعض حتى أسلموا ، فكان أحد الحيين يتطاول على الآخر فى العدة والأموال فحلفوا الا يرضوا حتى يقتل بالعبد منا الحر منهم ، والمرأة منا الرجل منهم ، فنزل فيهم (الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى) منها منسوخة نسختها « النفس بالنفس » . اهـ .

أما حديث « رفع القلم عن ثلاثة » فقد أخرجه أحمد وأبو داود والحاكم فى المستدرك عن على وعمر رضى الله عنهما ، وقد مضى فى غير ما موضع . وأما حديث أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده فقد أخرجه مالك فى الموطأ والشافعى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتابه الى

أهل اليمن أن الذكر يقتل بالأنثى . وهو عندهما عن عبد الله بن أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه أن فى الكتاب الذى كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم أن الذكر يقتل بالأنثى . ووصله نعيم بن حماد عن ابن المبارك عن معمر عن عبد الله بن أبى بكر عن أبيه عن جده ، وجده محمد بن عمرو بن حزم ولد فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم ولكن لم يسمع منه . وكذا أخرجه عبد الرزاق عن معمر ومن طريقه الدارقطنى . ورواه أبو داود والنسائى من طريق ابن وهب عن يونس عن الزهرى مرسلا . ورواه أبو داود فى المراسيل عن ابن شهاب قال قرأت فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم حين بعثه الى نجران وكان الكتاب عند أبى بكر بن حزم .

ورواه النسائى وابن حبان والحاكم والبيهقى موصولا مطولا من حديث الحكم بن موسى عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن داود حدثنى الزهرى عن أبى بكر عن أبيه عن جده ، وفرق الدارمى فى مسنده الحكم مقطعاً .

قال الحافظ ابن حجر ، وقد اختلف أهل الحديث فى صحة هذا الحديث فقال أبو داود فى المراسيل : قد أسند هذا الحديث ولا يصح ، والذى فى اسناده سليمان بن داود وهم انما هو سليمان بن أرقم . وقال فى موضع آخر : لا أحدث به . وقد وهم الحكم بن موسى فى قوله : سليمان بن داود ، وقد حدثنى محمد بن الوليد الدمشقى أنه قرأ فى أصل يحيى بن حمزة بن سليمان بن أرقم ، وهكذا قال أبو زرعة الدمشقى : انه الصواب وتبعه صالح جزرة وأبو الحسن الهروى وغيرهما .

وقال صالح جزرة حدثنا دحيم ، قال : قرأت فى كتاب يحيى بن حمزة حديث عمرو بن حزم فاذا هو عن سليمان بن أرقم ، قال صالح : كتب عنى هذه الحكاية مسلم بن الحجاج .

قال الحافظ : ويؤيد هذه الحكاية ما رواه النسائى عن الهيثم بن مروان عن محمد بن بكار عن يحيى بن حمزة عن سليمان بن أرقم عن الزهرى

وقال : هذا أشبه بالصواب • وقال ابن حزم فى المحلى : صحيفة عمرو بن حزم منقطعة لا تقوم بها حجة وسليمان بن داود متفق على تركه •

وقال عبد الحق : سليمان بن داود الذى يروى هذه النسخة عن الزهرى ضعيف ، ويقال : أنه سليمان بن أرقم وتعقبه ابن عدى فقال : هذا خطأ انما هو سليمان بن داود وقد جوده الحكم بن موسى • وقال أبو زرعة : عرضت على أحمد فقال : سليمان بن داود اليمانى ضعيف ، وسليمان بن داود الخولانى ثقة ؛ وكلاهما يروى عن الزهرى ؛ والذى روى حديث الصدقات هو الخولانى ؛ فمن ضعفه فانما ظن انه اليمانى ؛ وقد أثنى على سليمان بن داود الخولانى هذا أبو زرعة وأبو حاتم وعثمان بن سعيد وجماعة من الحفاظ ؛ وصححه من حيث الشهرة لا من حيث الاسناد الامام الشافعى فى رسالته حيث قال : لم يقبلوا هذا الحديث حتى ثبت عندهم أنه كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم •

وقال ابن عبد البر هذا كتاب مشهور عند أهل السير معروف ما فيه عند أهل العلم يستغنى بشهرته عن الاسناد لأنه أشبه التواتر فى مجيئه ، لتلقى الناس له بالقبول والمعرفة •

وقال يعقوب بن أبى سفيان : لا أعلم فى جميع الكتب المنقولة كتاباً أصح من كتاب عمرو بن حزم فان الصحابة والتابعين يرجعون اليه ويدعون رأيهم •

قال الحاكم : قد شهد عمر بن عبد العزيز وامام عصره الزهرى بالصحة لهذا الكتاب •

اما الأحكام فانه لا يجب على الصبى والمجنون قصاص لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبى حتى يحتلم ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولأن القصاص من حقوق الأبدان ؛ وحقوق الأبدان لا تجب على الصبى والمجنون كما قلنا فى الصلاة والصوم ؛ وان قتل السكران من يكافئه عمداً فهل يجب عليه القصاص ؟

فيه طريقان ،.ومن أصحابنا من قال فيه قولان . ومنهم من قال : يجب فيه القصاص قولا واحداً . وقد مضى ذكر ذلك فى الطلاق .

وان قتل رجلا وهو عاقل ثم جن أو سكر لم يسقط عنه القصاص ؛ لأن القصاص قد وجب عليه فلا يسقط بالجنون والسكر كما لا يسقط عنه ذلك بالنوم وقال الحنابلة فى القصاص على السكران : اذا قتل حال سكره بناء على وقوع طلاقه وفيه روايتان فيكون فى وجوب القصاص عليه وجهان :

(أحدهما) أنه أشبه بالجنون لزوال عقله ؛ ولأنه غير مكلف أشبه الصبى والمجنون ورجح ابن قدامة منهم القصاص ؛ لأن الصحابة رضى الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه فأوجبوا عليه حد القاذف ؛ فلولا أن قذفه موجب للحد عليه لما وجت الحد بخطيئته . واذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق آدمى أولى ؛ ولأنه حكم لو لم يجب القصاص والحد لأفضى الى أن من أراد أن يعصي الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقتل ويزنى ويسرق ؛ ولا يلزمه عقوبة ولا مأثم ، ويصير عصيانه سبباً لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ؛ ولا وجه لهذا ؛ وفارق هذا الطلاق ؛ ولأنه قول يمكن الغاؤه بخلاف القتل .

فأما ان شرب أو أكل ما يزيل عقله غير الخمر على وجه محرم ــ فان زال عقله بالكلية بحيث صار مجنوناً فلا قصاص عليه ، وان كان يزول قريبا ويعود من غير تداو فهو كالسكر على ما فصل فيه .

مسألة وان كان الجانى والمجنى عليه ممن يحد أحدهما بقذف الآخر فقد ذكرنا أنه يجب القصاص على الجانى فان قتل المسلم مسلما والكافر كافراً ؛ سواء كانا على دين واحد أو على دينين ؛ أو قتل الرجل رجلا أو المرأة امرأة ، وقتل الحر حراً أو العبد عبداً وجب القصاص على القاتل لقوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى) الخ الآية . ولأن كل واحد منهما مساو لصاحبه فقتل به ؛ ويقتل الكافر بالمسلم والعبد بالحر والأنثى بالذكر لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) ولأنه اذا قتل بمن يساويه فلان يقتل بمن هو أعلا منه أولى ، ويقتل الذكر بالأنثى وهو قول أكثر العلماء .

وقال ابن عباس رضى الله عنهما : لا يقتل بها ، وقال عطاء : يكون ولى المرأة بالخيار بين أن يأخذ ديتها وبين أن يقتل الرجل بها ويدفع الى وليه نصف الدية • وروى ذلك عن على رضى الله عنه ؛ ودليلنا قوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة) وقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيهـا أن النفس بالنفس) وهذا عام الا فيما خصه الدليل ؛ ولحديث أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده « أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بقتل الرجل بالمرأة » ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقـذف صاحبه فجرى القصاص بينهما كالرجلين والمرأتين ، ويقتل الخنثى بالرجل والمرأة ، ويقتل الرجل والمرأة بالخنثى لقوله تعـالى (وكتبنا عليهم فيهـا أن النفس بالنفس) •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجب القصاص على المسلم بقتل الكافر ، ولا على الحر بقتل العبد ، لما روى على كرم الله وجهه انه قال : من السنة ان لا يقتل مسلم بكافر ومن السنة ان لا يقتل حر بعبد ، فان جرح ذمى ذمياً ثم أسلم الجـانى او جرح عبد عبداً ثم اعتق الجانى اقتص منه لأنهما متكافئان منه حال الوجوب والاعتبار بحال الوجوب لأن القصاص كالحد ، والحد يعتبر بحال الوجوب ، بدليل انه اذا زنى وهو بكر ثم احصن اقيم عليه حد البكر •

ولو زنى وهو عبد ثم اعتق اقيم عليه حد العبد ، فوجب ان يعتبر القصاص ايضا بحال الوجوب •

وان قطع مسلم يد ذمى ثم اسلم ثم مات ، او قطع حر يد عبد ثم اعتق ثم مات ، لم يجب القصاص ، لأن التكافؤ معدوم عند وجود الجناية ، فان جرح مسلم مسلما ثم ارتد المجروح ثم أسلم ثم مات ، فان اقام فى الردة زمانا يسرى الجرح فى مثله لم يجب القصاص ، لأن الجناية فى الإسلام توجب القصاص ، والسراية فى الردة تسقط القصاص ، فغلب الاسقاط ، كما لو جـرح جرحاً عمداً وجرحاً خطا ، فان لم يقم فى الردة زمانا يسرى فيه الجرح ففيه قولان :

(احدهما) لا يجب فيه القصـاص ، لانه أتى عليـه زمان لو مات فيه لم يجب القصاص فسقط • (والثانى) يجب القصاص وهـو الصـحيح ، لأن

الجناية والموت وجدا فى حال الاسلام ، ومان الردة لم يسر فيـه الجـرح ، فكان وجوده كعدمه وان قطع يده ثم ارتد ثم مات ففيه قولان :

(احدهما) يسقط القصاص فى الطرف ، لانه تابع للنفس ، فاذا لم يجب القصاص فى النفس لم يجب فى الطرف .

(والثانى) وهو الصحيح انه يجب ، لان القصاص فى الطرف يجب مستقراً فلا يسقط بسقوطه فى النفس ، والدليل عليه انه لو قطع طرف انسان ثم قتله من لا قصاص عليه لم يسقط القصاص فى الطرف وان سقط فى النفس .

فصـــل وان قتل مرتد ذميا ففيه قولان (احـدهما) انه يجب القصاص وهو اختيار المزنى لانهما كافران ، فجرى القصاص بينهما كالذميين .

(والثانى) انه لا يجب لان حرمة الاسلام باقية فى المرتد بدليـل انه يجب عليه قضاء العبادات ، ويحرم استرقاقه ، وان كانت امـرأة لم يجـز للذمى نكاحها ، فلا يجوز قتله بالذمى ، وان جرح مسلم ذمياً ثم ارتد الجانى ثم مات المجنى عليه لم يجب القصاص قولا واحداً لانه عدم التكافؤ فى حال الجناية فلم يجب القصاص وان وجد التكافؤ بعد ذلك ، كما لو جرح حر عبداً ثم اعتق العبد .

وان قتل ذمى مرتداً فقد اختلف اصحابنا فيـه ، فمنهم من قال : يجب عليه القصاص ان كان القتل عمداً ، والدية ان كان خطا ، لان الذمى لا يقتـل المرتد تدينا ، وانما يقتله عناداً ، فاشبه اذا قتل مسلما .

وقال ابو اسحاق لا يلزمه قصاص ولا دية ، وهو الصحيح ، لانه مبـاح الدية فلم يضمن بالقتل ، كما لو قتله مسلم . وقال ابو سعيد الاصطخرى : ان قتله عمداً وجب القصاص لانه قتله عياداً ، وان قتله خطا لم تلزمه الدية لانه لا حرمة له .

فصـــل وان حبس السلطان مرتداً فاسلم وخلاه فقتله مسلم لم يعلم باسلامه ففيه قولان (احدهما) لا قصاص عليه لانه لم يقصد قتل مـن يكافئه . (والثانى) يجب عليه القصاص ، لان المرتد لا يخلى الا بعد الاسلام ، فالظاهر انه مسلم فوجب القصاص بقتله . وان قتل المسلم الزانى المحصـن ففيه وجهان (احدهما) يجب عليه القصاص ، لان قتله لغيره فوجب عليـه القصاص بقتله ، كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم (والثانى) لا يجب وهو المنصوص ، لانه مباح الدم فلا يجب القصاص بقتله كالمرتد) .

الشرح حديث على كرم الله وجهه رواه أحمد والبخارى والنسائى وأبو داود والترمذى عن أبى جحيفة قال « قلت لعلى : هل عندكم شىء من الوحى ما ليس فى القرآن ؟ فقال : لا والذى فلق الحبة وبرأ النسمة الا فهماً يعطيه الله رجلا فى القرآن وما فى هذه الصحيفة . قلت : وما فى هذه الصحيفة ؟ قال : العقل وفكاك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر » .

وأخرج أحمد والنسائى وأبو داود والحاكم وصححه عن على أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « المؤمنون تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم أدناهم . ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده » .

اما الاحكام فقد قال الشافعى فى الأم : وخطبته صلى الله عليه وسلم يوم الفتح كانت بسبب القتيل الذى قتلته خزاعة وكان له عهد ، فخطب النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « لو قتلت مسلماً بكافر لقتلته به . وقال : لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده » .

اذا ثبت هذا فانه لا يقتل المسلم بالكافر ، سواء كان الكافر ذمياً أو مستأمناً أو معاهداً ، وروى ذلك عن عمر وعثمان وعلى وزيد بن ثابت ومعاوية ؛ وبه قال الحسن وعمر بن عبد العزيز والزهرى والثورى وابن شبرمة وأحمد واسحاق وعطاء وعكرمة والأوزاعى ومالك ، وقال الشعبى والنخعى وأبو حنيفة : يقتل المسلم بالذمى ولا يقتل بالمستأمن ، وهو المشهور عن أبى يوسف ؛ وروى عن أبى يوسف أنه قال يقتل بالمستأمن .

وقال أحمد : الشعبى والنخعى قالا : دية المجوسى واليهودى كدية المسلم وان قتله يقتل به ، هذا عجب !! يصير اليهودى مثل المسلم ؟ سبحان الله !! ما هذا القول ؟ واستبشعه .

ودليلنا على أصحاب الرأى ما روى أبو جحيفة قال : قلت لعلى رضى الله عنه يا أمير المؤمنين هل عندكم سوداء فى بيضاء ليس فى كتاب الله ؟ قال لا والذى فلق الحبة وبرأ النسمة ما علمته ، الا فهماً يعطيه الله رجالا للقرآن وما

فى هذه الصحيفة ، قلت : وما فى هـذه الصحيفة ؟ قال فيهـا العقل وفكاك الأسير وألا يقتل مسلم بكافر .

وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده .

ومعنى قوله لا يقتل ذو عهد فى عهـده . أى لا يجوز قتل أهل الذمة ؛ ولأنه مسلم قتل كافراً فلم يقتل به كالمستأمن .

فـــرع وان قتل الكافر كافراً ثم أسلم القاتل ، أو جرح الكافر كافراً فمات المجروح وأسلم الجارح قتل به . وقال الأوزاعى : لا يقتل به . ودليلنا ما روى البيهقى من حديث عبد الرحمن بن اليمانى أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعـاهد وقال : أنا أكرم من وفى بذمته . وتأويله أنه قتله كافراً ثم أسلم ، ولأن القصاص حد والاعتبـار بالحد حال الوجوب دون حال الاستيفاء ؛ بدليل أنه لو زنى وهو بكر فلم يحد حتى أحصن ، أو زنى وهو عبد فلم يحد حتى أعتق اعتبر حال الوجوب ؛ وهـذا كان مكافئا له حال الوجوب فلم يتغير بما طرأ بعده وان جرح الكافر كافرا فأسلم الجارح ثم مات المجروح ففيه وجهان :

(أحدهما) لا قصاص عليه لأنه قد أتت عليه حالة لو قتله فيها لم يجب عليه القصاص (والثانى) يجب عليه القصاص وهو المشهور اعتباراً بحالة الاصابة ، كما لو مات المجروح ثم أسلم الجارح .

مســـألة ان قتل حر عبداً لم يقتل به ، سـواء كان عبده أو عبد غيره ؛ وروى ذلك عن أبى بكر وعمـر وعلى وزيد بن ثابت وابن الزبير ، وبه قال مالك وأحمد . وقال النخعى : يقتل به ، سواء كان عبده أم عبـد غيره .

وقال أبو حنيفة : يقتل بعبد غيره ولا يقتل بعبد نفسه ، فان قتل حر كافر عبداً مسلماً لم يقتل به ، لأن الحر لا يقتل بالعبد . وان قتل عبد مسلم حراً

كافراً لم يقتل به ؛ لأن المسلم لا يقتل بالكافر ، وان قتل عبد عبداً ثم أعتق القاتل وجرح عبد عبداً فمات المجروح ثم أعتق الجـارح قتل به لأنه كان مساوياً له حال الجناية ؛ وان أعتق الجارح ثم مات المجروح فهل يجب عليه القصاص ؟ فيه وجهان كما قلنا فى الكافر اذا جرح كافراً فأسلم الجارح ثم مات المجروح • وان قتل ذمى عبدا ثم لحق الذمى بدار الحـرب وأخذه المسلمون واسترقوه لم يقتل به ؛ لأنه كان حين وجوب القصاص حراً فلم يتغير حكمه •

فـــرع وان قطـع مسلم يد ذمى ثم أسلم الذمى ثم مات فلا قصاص على المسلم وكذلك اذا قطع حر يد عبد ثم أعتق العبد ثم مات فلا قصاص على الحر ؛ لأن القصاص لما سقط فى القطع سقط فى سرايته ، ولأن القصاص ــ معتبراً بحال الجناية ــ هو غير كاف له ، فلم يجب عليه القصاص كما قلنا فى الكافر اذا قطع يد الكافر ثم مات المقطوع وأسلم القاطع ؛ وان قطع مسلم يد مرتد او يد حربى ثم أسلم المقطوع ثم مات لم يجب على القاطع قود ولا دية ؛ لأنه لم يكن مضموناً حال الجنـاية ، ومن أصحابنا من قال : يجب فيه دية مسلم حال استقرار الجناية ، والأول أصح •

وان رمى مسلم الى ذمى سهماً فأسلم ثم وقع به السهم فمات لم يجب به القود ووجب فيه دية مسلم ؛ وفارق جزاء الصيد لأنه مال فاعتبر فيه حال الاصابة لأنه حال الاستقرار والقود ليس بمال فاعتبر فيه حال الارسال ؛ فاذا أوجبنا الدية فى المرتد والحربى اذا أسلما قبل الاصابة وبعد الارسال ؛ فان أبا اسحاق المروزى قال : لا تجب الدية فى الحربى وتجب فى المرتد ؛ لأن الحـربى كان له رميـه والمرتد ليس له قتله وانمـا قتله الى الامام . ومن أصحابنا من قال : لا دية فيهما ، والأول هو المنصوص •

وان قطع مسلم يد مسلم ثم ارتد المجروح ثم أسلم ثم مات من الجراحة فهل يجب على الجارح القود ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : ينظر فيه فان أقام فى الردة زماناً تسرى فيه الجراحة لم تجب وعليه القود فى النفس قولا واحدا لأن الجناية فى الإسلام توجب القصاص والسراية فى حال الردة

لا توجب القصاص وقد خرجت الروح منهما فلم يجب القصاص كما لو جرحه جراحة عمدا وجراحة خطأ ومات منهما •

وان أقام فى الردة زمانا لا تسرى فيه الجراحة فهل يجب عليه القصاص فى النفس ؟ فيه قولان :

أحدهما : يجب القصاص لأن الجناية والسراية فى حال الإسلام ؛ وزمان الردة لا تأثير له •

والثانى : لا يجب القصاص لأنه كما لو طلق امرأته ثلاثا فى مرض موته ثم ارتدت ثم مات فانها لا ترثه • ومن أصحابنا من قال : القولان فى الحالين ، لأن الشافعى رحمه الله قال فى الأم : لو قطع ذمى يد مستأمن فنقض العهد فى عهد المستأمن ولحق بدار الحرب ثم عاد بأمان ثم سرت الى نفسه ، فهل على القاطع القود ؟ فيه قولان • ونقض المستأمن العهد كالردة للمسلم •

فـــرع وان قتل المرتد ذميا فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان :
(أحدهما) : يجب عليه القود • وهو اختيار الشافعى والمزنى لأنهما كافران فجرى القصاص بينهما كالذميين ؛ ولأن الذمى أحسن حالا من المرتد ، لأنه مقر على دينه والمرتد غير مقر على دينه ، فعلى هذا يجب عليه القصاص سواء رجع الى الإسلام أو لم يرجع ؛ لأن القصاص قد وجب عليه حال الجناية فلم يسقط بالإسلام كالذمى اذا جرح الذمى ثم أسلم الجارح ثم مات •

(والثانى) لا يجب عليه القصاص ، لأنه شخص يجب فى ماله الزكاة فلم يقتل بالذمى كالمسلم ؛ فعلى هذا تجب عليه الدية ، فان رجع الى الإسلام تعلقت الدية بذمته ؛ وان مات أو قتل على الردة تعلقت بماله ؛ وان جرح المسلم ذميا ثم ارتد الجارح ثم مات المجروح لم يجب القصاص قولا واحدا، وأن قتل الذمى مرتدا فهل يجب عليه القود ؟

قال الخراسانيون من أصحابنا : يبنى على القولين فى المرتد اذا قتل الذمى •

وقال البغداديون من أصحابنا : فيه ثلاثة أوجه (أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة ـ أنه يجب عليه القود ، فان عفا عنه أو كانت الجناية خطأ أوجبت فيه الدية ، لأن قتله بالردة للمسلمين • فاذا قتله غيرهم وجب عليه الضمان كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم (والثانى) وهو قول أبى الطيب وأبى سعيد الاصطخرى انه يجب عليه القود ، فان عفا عنه أو كانت الجناية خطأ لم يجب عليه الدية ، لأن القود انما يجب عليه لاعتقاد الذمى أنه مثله وأنه مكافىء له ولا يجب عليه الدية ، لأنه لا قيمة لديته (والثالث) وهو قول أبى اسحاق ـ وهو الأصح ـ أنه لا يجب عليه القود ولا الدية • لأن كل من لا يضمنه المسلم بقود ولا دية لم يضمنه الذمى كالحربى • وان قتل المرتد مرتداً فهل يجب عليه القصاص ؟ فيه وجهان حكاهما الصيمرى ، أحدهما يجب عليه القصاص لأنه ربما يسلم القاتل •

مسألة اذا حبس السلطان مرتداً فأسلم وخلاه فقتله رجل قبل أن يعلم باسلامه فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يجب عليه القود لأنه لم يقصد قتل من يكافئه ، فعلى هذا يجب عليه دية مسلم •

(والثانى) يجب عليه القود ، لأنه الظاهر من المرتد أنه لا يخلى من حبس السلطان وفى دار الإسلام الا بعد اسلامه ، وقال الطبرى : وان أسلم الذمى وقتله المسلم قبل أن يعلم باسلامه أو أعتق العبد فقتله حر قبل أن يعلم بعتقه فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان كالتى قبلها • وأما الزانى المحصن اذا قتله رجل بغير اذن الإمام ففيه وجهان :

(أحدهما) أن عليه القود لأن قتل المحصن الى الامام • فاذا قتله غيره بغير اذنه وجب عليه القود كما لو قتل رجل رجلا فقتله غير ولى الدم •

(والثانى) لا يجب عليه القود ــ وهو المنصوص ــ لما روى أن رجلا قال : « يا رسول الله وجدت مع امرأتى رجلا أفأمهله حتى أقيم البينة ؟ قال نعم » فدل على أنه اذا أقام البينة لا يمهله بل له أن يقتله .

وروى ابن المسيب أن رجلا وجد مع امرأته رجلا فقتله فأشكل فيه الأمر على معاوية رضى الله عنه فكتب فى ذلك الى أبى موسى الأشعرى رضى الله عنه فسأله أن يسأل علياً رضى الله عنه عن ذلك فقال على رضى الله عنه : ما هذا شىء وقع بأرضنا عزمت عليك الا أخبرتنى فقال له : كتب الى بذلك معاوية ، فقال على : أنا أبو الحسن لها ، ان أقام البينة والا أعطى برمته (والرمة الحبل الذى يربط به الرجل اذا قدم للقتل) .

ويروى العمرانى فى البيان أن رجلا على عهد عمر رضى الله عنه خرج فى غزوة وترك يهودياً فى بيته يخدم امرأته فلما كان فى بعض الليالى خرج رجل من المسلمين فى سحر فسمع اليهودى يقول :

وأشعث غره الإسلام منى ... خلوت بعرسه ليل التمام
أبيت على ترائبها ويمسى ... على جرد ... الخ ما قال

فدخل عليه الرجل وقتله ، فأخبر بذلك عمر رضى الله عنه فأهدر دم اليهودى ولم تثبت عندى هذه الواقعة لأمور كثيرة ، لأنه فى حاجة الى اثبات احصان اليهودى والى أربعة شهود على الإقرار بالشعر اذا قلنا بصحة الشهادة على الإقرار وقلنا بصحة كونه شعرا ، وقلنا بعدم الرجوع الى الإمام هل يصح ، وسيأتى فى الحدود ، وأخيراً صحة اسناد الرواية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ولا يجب القصاص على الاب بقتل ولده ، ولا على الأم بقتل ولدها ، لما روى عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يقاد الأب من ابنه » فاذا ثبت هذا فى الأب ثبت فى الام . لانها كالاب فى الولادة . ولا يجب على الجد وان علا ، ولا على الجدة وان علت بقتل ولد الولد وان سفل لمشاركتهم الاب والأم فى الولادة واحكامها .

وان ادعى رجلان نسب لقيط ثم قتلاه قبل ان يلحق نسبه باحدهما لم يجب القصاص لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون هو الأب ، وان رجعا فى الدعوى لم يقبل رجوعهما ، لأن النسب حق وجب عليهما ، فلا يقبل رجوعهما فيه بعد الاقرار . وان رجعا احدهما وجب عليه القصاص ، لأنه ثبتت الأبوة للآخر وانقطع نسبه من الراجع .

وان اشترك رجلان فى وطء امرأة واتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما وقتلاه قبل ان يلحق باحدهما لم يجب القصاص ، وان انكر احدهما النسب لم يقبل انكاره ولم يجب عليه القصاص ، لأن بانكاره لا ينقطع النسب عنه ولا يلحق بالآخر بخلاف المسئلة قبلها ، فان هناك لحق النسب بالآخر وانقطع عن الراجع ، وان قتل زوجته وله منها ابن لم يجب عليه القصاص ، لأنه اذا لم يجب له عليه بجنايته عليه فلا يجب عليه بجنايته على أمة ، وان كان لها ابنان أحدهما منة والآخر من غيره لم يجب عليه القصاص لأن القصاص لا يتبعض ، فاذا سقط نصيب ابنه سقط نصيب الآخر ، كما او وجب لرجلين على رجل قصاص فعفا احدهما عن حقه ، وان اشترى المكاتب أباه وعنده عبد فقتل ابوه العبد لم يجز للمكاتب ان يقتص منه ، لأنه اذا لم يجب له القصاص عليه بجنايته عليه فلا يجب بجنايته على عبده .

فصـــــل ويقتل الابن بالأب لأنه اذا قتل بمن يساويه فلأن يقتل بمن هو أفضل منه أولى ، وان جنى المكاتب على ابيه وهو فى ملكه ففيه وجهان :

(احدهما) لا يقتص منه ، لأن المولى لا يقتص منه لعبده .

(والثانى) يقتص منه ، واليه اوما الشافعى رحمه الله فى بعض كتبه ، لأن المكاتب ثبت له حق الحرية بالكتابة ، وابوه ثبت له حق الحرية بالابن ، ولهذا لا يملك بيعه فصار كالابن الحر اذا جنى على ابيه الحر .

فصـــــل وان قتل مسلم ذميا او قتل حر عبدا او قتل الأب ابنه فى المحاربة ففيه قولان (احدهما) لا يجب عليه القصاص لما ذكرناه من الاخبار ، ولأن من لا يقتل بغيره اذا قتله فى غير المحاربة لم يقتل به اذا قتله فى المحاربة كالمخطىء (والثانى) انة يجب لأن القتل فى المحاربة تاكد لحق الله تعالى ، حتى لا يجوز فيه عفو الوالى ، فلم يعتبر فيه التكافؤ كحد الزنا) .

الشرح حديث عمر بن الخطاب نازع فى صحته ابن نافع وابن

عبد الحكيم وابن المنذر وقالوا ــ واللفظ لابن المنذر ــ قد رووا فى هــذا أخبـاراً .

قلت : والحديث أخرجه الترمذى فى الديات عن أبى سعيد الاشج وابن ماجه فى الديات عن أبى بكر بن أبى شيبة ، كما أخرجه الترمذى فيه عن ابن بشار من حديث ابن عباس ولفظه « لا تقــام الحدود فى المساجد ولا يقتل الوالد بالولد » وأخرجه ابن ماجه عن ابن عباس أيضاً فى الحدود عن هرون ابن محمد بن بكار . وزعم ابن قدامة فى المغنى [1] رواية النســائى له عن غمر ولم أجده هناك . وقد ذكر الحــديثين (أعنى حديث عمر وحديث ابن عباس) ابن عبد البر وقال : هو حديث مشهور عنــد أهل العلم بالحجــاز والعراق ، مستفيض عندهم يستغنى بشهرته عن الاســناد فيه ، حتى يكون الاسناد فى مثله مع شهرته تكلفاً ؛ ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « أنت ومالك لأبيك » وقضية هذه الإضافة تمليكه اياه ، فاذا لم تثبت حقيقة الملكية بقيت الإضافة شبهة فى رده القصــاص لأنه يدرأ بالشــبهات ؛ ولأنه سبب ايجاده فلا ينبغى أن يتسلط بسببه على اعدامه . وما ذكرناه يخص العمومات ويفارق الأب سائر الناس .

اما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يقتل والد بولد لأنه اجماع ولا حد من قبل أم ولا اب .

وجملة ذلك أن الأب اذا قتل ولده لم يجب عليه القصــاص ؛ وبه قال عمر وابن عباس من الصحابة ، ومن الفقهاء ربيعة والأوزاعى وأبو حنيفــة وأحمد واسحاق . وقال ابن نافع وابن عبــد الحكم وابن المنذر : يقتل به لظاهر الكتاب والاخبار الموجبة للقصاص ؛ ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنبيين .

---

(1) من أمهات الكتب فى الشريعة على مذهب أحمد ولم يعن أحد بتحقيق أحاديثه وتحرير أقواله فى هوامش دقيقة مدروسة ، وقد حاولنا ذلك فى هامش نسختنا .

وقال مالك : ان رماه بالسيف فقتله لم يقتل لأنه قد يريد بذلك التأديب • وان أضجعه وذبحه قتل به • دليلنا ما روى عمر وابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يقاد والد بولده » ولأن كل من لا يقتل به اذا رماه بالسيف لم يقتل به ان أضجعه وذبحه كالمسلم اذا ذبح الكافر •

فان قيل : ما معنى قول الشافعي لأنه اجماع ، ومالك يخالف ؟ فله تأويلان أحدهما أنه أراد به اجماع الصحابة ؛ لأنه روى عن عمر وابن عباس ولا مخالف لهما فى الصحابة ، والثانى أنه أراد اذا رماه بالسيف فانه اجماع ، ولا تقتل الأم ولا أحد من الجدات من قبل الأم أو الأب ، ولا أحد من الأجداد من قبل الأب والأم بالولد وان سفل •

قال الطبرى : وذكر صاحب التلخيص قولا آخر أن غير الأب من الأمهات والأجداد يقتلون بالولد • قال أصحابنا : ولا يعرف هذا للشافعى ، ولعله قاس على رجوعهم فى هبتهم له فان فيه قولين عند الخراسانيين • والدليل عليه الحديث « لا يقاد والد بولده » والوالد يقع على الجميع ، ولأن ذلك حكم يتعلق بالولادة فشاركوا فيه الأب كالعتق بالملك ووجوب النفقة •

فــرع وان أدعى رجلان نسب لقيط ولا بينة لأحدهما عرض على القافة — فان قتلاه قبل أن يلحق بأحدهما — لم يجب على أحدهما قود لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون أباه ، فان رجعا عن الاقرار بنسبه لم يسقط نسبه عن أحدهما ، لأن معنى من أقر بنسب احتمل صدقه لم يجز اسقاطه برجوعه ، فان رجع أحدهما وأقام الآخر بينة على دعواه انتفى نسبه عن الراجع ولحق بالآخر لأن رجوع الراجع لا يسقط نسبه ؛ ويسقط القصاص عن الذى لحق نسبه به ، ويجب القصاص على الراجع ، لأنه شارك الأب ؛ ولا يكون القصاص للأب لأنه قاتل ، بل يكون لورثة القتيل ، ويجب على الأب لهم نصف الدية •

وان تزوج رجل امرأة فى عدتها من غيره ووطئها جاهلا بالتحريم وأتت بولد يمكن أن يكون من كل واحد منهما فتلاه قبل أن يلحق بأحدهما لم

يجب على أحدهما قود لجواز أن يكون كل واحد منهما أباه ، فان رجعا لم يقبل رجوعهما فان رجع أحدهما وأقدم الآخر على الدعوى لم يسقط نسبه عن الراجع ولم يجب عليه القود ، ويفارق التي قبلها لأن الأبوة هناك ثبتت بالاعتراف فقبل رجوعه مع اقامة الاخر على الدعوى ، وههنا الأبوة ثبتت بالفراش فلم تسقط بالرجوع .

فـــرع وان قتل رجل زوجة وله منها ابنى لم يجب له على الأب القود ، لأنه اذا لم يقد به اذا قتله لم يجب عليه القود بالإرث من أمه ، وان كان لها ابنان أحدهما من زوجها القاتل لها والثانى من آخر لم يجب على الزوج القود ؛ لأن القود يكون مشتركا بين الاثنين ؛ والابن لا يثبت له القود على أبيه ، فاذا سقط حقه من القــود سقط حق شريكه ، كما لو ثبت القود على رجلين فعفى أحدهما .

مســألة قوله « ويقتل الابن بالأب الخ » فجملة ذلك أن الولد يقتل بالوالد لأن الوالد أكمل منه فقتل به ؛ كما قتل الكافر بالمسلم والعبد بالحر والمرأة بالرجل وذلك كله اجماع ، فان كان هناك رجل له زوجة وهما متوارثان وبينهما ابنان فقتل أحد الابنين أباهما عمداً ثم قتــل الابن الآخر أمهما عمداً فان القصاص يجب على قاتل الأم ويسقط عن قاتل الأب ؛ لأنه لما قتل الابن الأب لم يرثه ، وانما ترث الزوجة الثمن وقاتل الأم الباقى وملكا عليه القــود ، فلما قتل الابن الآخر الأم لم يرثها وانما يرثها قاتل الأب وقد كانت تملك عليه ثمن القود وانتقل ذلك اليه ، فاذا ملك بعض ما عليــه من القود سقط عنه القود لأنه لا يتبعض فسقط الجميع ؛ وكان لقــاتل الأب القود على قاتل الأم ، لأنه لا وارث لها سواه ، ولقاتل الأم على قاتل الأب سبعة أثمان دية الأب ؛ فان عفــا قاتل الأب عن قاتل الأم وجب له عليه دية الأم ؛ وهل يسقط عن كل واحد منهما ما يســاوى ماله على الآخــر ؟ على الأقوال الأربعة فى المقاصصة .

فاذا قلنا : يسقط بقى على قاتل الأب ثلاثة أثمان دية الأب ، فاذا قلنا : لا يسقط أدى كل واحد منهما ما عليــه للآخر ، وان اقتضى قاتل الأب من

قاتل الأم • فان كان لقاتل الأم ورثة غير قاتل الأب طالبوه بسبعة أثمان دية الأب ، وان لم يكن له وارث غيره فهل يرثه ؟ فيه وجهان فى القاتل بالقصاص هل يرث ؟ الصحيح أنه لا يرثه ، فأما اذا لم ترث الزوجة من الزوج — فان كانت بائنا منه أو كانت غير بائن منه الا أن أحدهما جرح أباه وجرح الآخر أمه ثم خرجت روحاهما فى حالة واحدة فان كل واحد من الاثنين لا يرث ممن قتله ، ولكنه يرث الابن الآخر • واختلف أصحابنا هل يثبت القود فى ذلك ؟ فقال أكثرهم : يجب لكل واحد منهما القود على أخيه ؛ لأن كل واحد منهما ورث من قتله أخوه فوجب له على أخيه القود ، فعلى هذا ان كان قاتل الأب قتله أولا اقتص منه قاتل الأم ، فان كان لقاتل الأب وارث غير قاتل الأم اقتص من قاتل الأم ، وان لم يكن له وارث غير قاتل الأم — فان قلنا : ان القتل بالقصاص لا يمنع الميراث — ورث القود على نفسه وسقط • وان قلنا : ان القتل بالقصاص يمنع الميراث انتقل القصاص الى من بعده من العصبات ، فان لم تكن عصبة كان القصاص الى الإمام ، وان قتلاهما فى حالة واحدة أو جرحاهما وخرجت روحاهما فى حالة واحدة ثبت لكل واحد منهما القصاص على صاحبه ولا يقدم أحدهما على الآخر بل ان تشاحا فى البادىء منهما أقرع بينهما ، فاذا خرجت القرعة لأحدهما فاقتص ، أو بادر أحدهما بقتل الآخر من غير قرعة فقد استوفى حقه ولوارث المتوفى أن يقتل الابن المقتص ، وان كان المقتص من ورثته فهل يرثه ؟ على الوجهين ؛ الصحيح لا يرثه •

وقال ابن اللبان : القصاص لا يثبت ههنا لأنه لا سبيل الى أن يستوفى كل واحد منهما القصاص من صاحبه ، فلو بدأ أحدهما فاقتص من أخيه بطل حق المقتص منه من القصاص ، لأن حقه ينتقل الى وارثه ان شاء قتل وان شاء ترك • وأما القرعة فلا تستعمل فى اثبات القصاص ، فعلى هذا يكون على قاتل الأب دية الأم لقاتل الأب •

قال ابن اللبان : فان مات أحد القاتلين قبل أن يتحاكما كان لورثة الميت أن يقتلوا الآخر ، ويرجع الآخر أو وارثه فى تركة الميت بدية الذى قتله الميت من الأبوين ، ولا يقال ان القصاص سقط ثم وجب لأنه لم يثبت لا لأنه لم

يجب ولكن لم يثبت لتعذر الاستيفاء ، واذا أمكن الاستيفاء ثبت ، والأول هو المشهور •

بقي أن تعرف أن الشريعة السمحة جعلت لولي الدم الحق في استيفاء حقه أو العفو عن القصاص اكتفاء بالدية أو العفو عنهما ، وما جر الى انتشار جرائم الثأر في ديارنا المصرية لاسيما في الصعيد الا اغفال القوانين الوضعية هذا الجانب الأصلي في استقرار الأمن في البلاد ، فان ركون المرء الى من يتولى الحكم في قضيته بما أنزل الله يجعله قابلا كل حكم يصدر ، وقد ينشر التسامح والعفو بينهم (فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان) ومن ثم تتلاشى أسباب الغمر والسخائم والأحقاد التي تنمو بنمو الثأر • وقد نبه على هذا المستشار أحمد موافى النائب العام الأسبق في كتابه بحث مقارن بين الشريعة والقوانين الوضعية ولا شك أن مراعاة شعور ولي الدم له أثره في امتصاص غضبه وتهدئة ثائرته • وحرص الشرع على ألا يهدر دم في الاسلام يطفيء الاحن بين الناس ويحسم ما بينهم من نزاع واضغان (ومن أصدق من الله حكماً لقوم يوقنون) •

فـــرع اذا كان هنـاك أربعـة اخوة يرث بعضهم بعضاً فقتل الكبير الذي يليه وقتل الثالث الصغير ، وجب القصاص على الثالث وعلى الكبير نصف الدية لأن الكبير لما قتل الثاني وجب عليه القصاص للثالث والرابع ، فلما قتل الثالث الرابع وجب القصاص على الثالث الكبير وسقط القصاص عن الكبير لأنه وارث بعض دم نفسه عن الرابع فسقط عنه القصاص ووجب عليه للثالث نصف دية الثاني • وان قتل رجل ابن أخيه وورث المقتول أبوه ثم مات أبو المقتول ولم يخلف وارثا غير القاتل فانه يرثه ويسقط عنه القصاص لأنه ملك جميع ما ملكه أبو المقتول فكأنه ملك دم نفسه فسقط عنه القصاص •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وتقتل الجماعة بالواحد اذا اشتركوا فى قتـــله ، وهو ان يجنى كل واحد منهم جناية لو انفرد بها ومات اضيف القتـــل اليه ووجب القصاص عليه ، والدليل عليه ما روى سعيد بن المسيب « أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قتل سبعة انفس من اهل صنعاء قتلوا رجلا ، وقال : لو تمالا فيه اهل صنعاء لقتلهم » ولأنا لو لم نوجب القصاص عليهم جعل الاشتراك طريقـا الى اسقاط القصاص وسفك الدماء .

فان اشترك جماعة فى القتل وجناية بعضهم عمداً وجناية البعض خطا لم يجب القصاص على واحد منهم لأنه لم يتمكن قتل العمد فلم يجب القصاص .

وان اشترك الأب والأجنبى فى قتل الابن وجب القصاص على الاجنبى ، لان مشاركة الأب لم تغير صفة العمد فى القتل فلم يسقط القود عن شريكه ، كمشاركة غير الأب .

وان اشترك صبى وبالغ فى القتل ــ فان قلنا ان عمد الصبى خطا ــ لم يجب القصاص على البالغ لأن شريكه مخطىء . وان قلنا : ان عمده عمـد وجب ، لأن شريكه عامد فهو كشريك الأب .

وان جرح رجل نفسه وجرحه آخر او جرحه سبع وجرحه آخر ومات ، ففيه قولان :

(احدهما) يجب القصاص على الجارح لأنه شاركه فى القتل عامداً فوجب عليه القصـــاص كشريك الأب (والثـــانى) لا يجب لأنه اذا لم يجب على شريك المخطىء وجنايته مضمونة فلأن لا يجب على شريك الجـارح نفسه السـبع وجنايتهما غير مضمونة أولى . وان جرحه رجـل جراحة وجرحـه آخر مائة جراحة وجب القصاص عليهما ، لأن الجرح له سراية فى البدن وقد يموت من جرح واحد ولا يموت من جراحات فلم تمكن اضافة القتل الى واحد بعينـه ولا يمكن اسقاط القصاص فوجب على الجميع . وان قطع احدهما يده وحز الآخر رقبته او قطع حلقومه ومريئه او شق بطنـه فاخرج حشوته ، فالأول قاطع يجب عليه ما يجب على القاطع والثانى قاتل لأن الثانى قطع سراية القطع فصار كما لو اندمل الجرح ثم قتله الآخر ، وان قطع أحدهما حلقومه ومريئه او شق بطنه واخرج حشوته ثم حز الآخر رقبته فالقاتل هو الأول لأنه لا تبقى بعد جنايته حياة مستقرة وانما يتحرك حركة مذبوح ولهذا يسقط حكم كلامة فى الاقرار والوصية والاسلام والتوبة . ان أجافه جائفة يتحقق الموت منهـا

الا ان الحيـاة فيه مستقرة ثم قتله الآخر كان القاتل هو الثـاني ، لأن حـكم الحياة باق . ولهذا أوصى عمر رضي الله عنه بعد ما سقى اللبن وخرج مـن الجرح ووقع الاياس منه فعمل وصيته فجرى مجرى المريض المأيوس منـه اذا قتل . وان جرحه رجل فداوى جرحه بسم غير موح الا أنه يقتـل في الغالب ، أو خاط جرحه في لحم حي أو خاف التآكل فقطعه فمات ففي وجوب القتل على الجاني طريقان من أصحابنا من قال : فيه قـولان (احدهما) يجب عليه القتل . (والثاني) لا يجب لانه شاركه في القتل من لا ضمان عليه فكان في قتله قولان ، كالجارح اذا شاركه المجروح او السبع في الجرح ومنهم مـن قال : لا يجب عليه القتل قولا واحداً لان المجروح ههنا لم يقصد الجناية و انما قصد المداواة فكان فعله عمد خطأ فلم يجب القتل على شريكه والمجروح هنـاك والسبع قصدا الجناية فوجب القتل على شريكهما ، وان كان على راس مولى عليه سلعة فقطعها وليه أو جرحه رجل فداواه الولي بسم غير موح او خاط جرحه في لحم حي ومات ففيه قولان : (احدهما) يجب على الولي القصاص لانه جرح جرحا مخوفا فوجب عليه القصاص كما لو فعله غير الولي (والثاني) لا قصاص عليه لانه لم يقصد الجناية وانما قصد المداواة وله نظر في مداواته فلم يجب عليه القصاص ، فان قلنا : يجب عليه القصاص وجب على الجارح لانهما شريكان في القتل ، وان قلنا لا قصاص عليه لم يجب على الجارح لانه شارك من فعـله عمد خطأ) .

الشرح في هذا الفصل لغات ؛ فقوله حشوته يقال حشـوة هي بالكسر والضم . وحلقومه مجرى النفس ؛ وهو القصـبة والمريء مدخل الطعـام والشراب وقوله « غير موح » أي غير مسرع ؛ والوحا السرعة ؛ وقوله عليه سلعة ، بالسـلعة بالكسر زيادة في البـدن كالجوزة وتكون في مقدار حمصة الى بطيخة ، والسلعة بالفتح الجراحة ، والجائفة الطعنة التي تبلغ الجوف ، وجافه الدواء فهو مجوف اذا دخل جوفه ، وفي الحديث « في الجائفة ثلث الدية » .

اما الأحكام فان الجمـاعة تقتل بالواحد ، وهو أن يجني عليه كل واحد منهم جناية لو انفرد بها مات منها وجب عليه القصـاص ، وبه قال من الصحابة عمر وعلي وابن عباس والمغيرة بن شعبة . ومن التابعين ابن المسيب وعطاء والحسن وأبو سلمة . ومن الفقهاء الأوزاعي والثوري ومالك وأحمد وأبو حنيفة واسحاق وأبو ثور . وقال محمد بن الحسن ليس هذا بقيـاس وانما صرنا اليه من طريق الأثر والسنة .

وقال ابن الزبير ومعاذ بن جبل والزهرى وابن سيرين : لا يقتل الجماعة بالواحد بل للولى أن يختار واحدا منهم فيقتله ويأخذ من الباقين حصتهم من الدية وقال ربيعة وداود : يسقط القصاص ، وبه قال حبيب بن أبى ثابت وعبد الملك وابن المنذر ، وحكاه ابن أبى موسى عن ابن عباس .

ووجه قول ابن الزبير ومن قال مثله أن كل واحد منهم مكافىء له فلا تستوفى أبدال بمبدل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد ؛ ولأن الله تعالى قال (الحر بالحر) وقال (وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس) فمقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ؛ ولأن التفاوت فى الأوصاف يمنع ، بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد ، والتفاوت فى العدد أولى . قال ابن المنذر : لا حجة مع من أوجب قتل جماعة بواحد .

دليلنا قوله تعالى (ولكم فى القصاص حياة) فأوجب القصاص لاستيفاء الحياة ، وذلك أنه متى علم الانسان أنه اذا قتل غيره قتل به لم يقدم على القتل ، فلو قلنا : لا تقتل بالواحد لكان الاشتراك يسقط القصاص ، وسقط هذا المعنى . وقوله تعالى (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا) والسلطان القصاص ، ولم يفرق بين ان يقتله واحد أو جماعة . وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل ؛ وأنا والله عاقله فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » وقد أخرج مالك فى الموطأ أن عمر رضى الله عنه « قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا ، وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم جميعا » وموضع الدليل « فمن » وهو يستغرق الجماعة والواحد .

فــرع وان اشترك اثنان فى قتل رجل وأحدهما يجب عليه القود ؛ ولو انفرد دون الآخر نظرت ـــ فان كان سقوط القود عن أحدهما لمعنى فى فعله ، مثل أن كان أحدهما مخطئا والآخر عامدا ـــ لم يجب القصاص على واحد منهما ؛ وبه قال أبو حنيفة وأحمد . وقال مالك : يجب القصاص على العامد منهما . دليلنا أن الروح لم تخرج عن عمد الاثنين فلم يجب عليه القصاص ، كما لو جرحه خطأ فمات منه .

وان شارك الصبى والمجنون ــ وهما عامدان ــ فى الجناية بنى ذلك على عمدهما ؛ وفيه قولان (أحدهما) أن عمدهما فى حكم الخطأ ؛ وبه قال مالك وأبو حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبى حتى يحتلم وعن النائم حتى يستيقظ ؛ وعن المجنون حتى يفيق » فأخبر أن القلم مرفوع عنهما فدل على أن عمدهما فى حكم الخطأ ؛ ولأن عمدهما لو كان فى حكم العمد لوجب عليهما القصاص ، فعلى هذا لا يجب على من شاركهما فى الجناية ؛ وانما سقط القصاص عنهما لمعنى فى أنفسهما كشريك الأب ، ولأن الصبى لو أكل فى الصوم عامداً لبطل صومه ؛ فلولا أن لعمده حكما لما بطل صومه . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . وقال المسعودى : المجنون الذى لا يميز ، والطفل الذى لا يعقل مثله عمدهما خطأ قولا وحداً ، فلا يجب على شريكهما القصاص ، وان شارك من لا ضمان عليه مثل أن جرح نفسه وجرحه آخر ، أو جرحه سبع وجرحه آخر أو قطعت يده بقصاص أو سرقه وجرحه آخر ومات فهل يجب القصاص على الشريك الذى عليه الضمان ؟ فيه قولان (أحدهما) يجب عليه القصاص ، لأنه شارك فى القتل عامداً فوجب عليه القصاص كشريك الأب (والثانى) لا يجب عليه القصاص اذا شارك من لا ضمان عليه أولا .

فرع وان جرحه رجل جراحة يقتل منها عامداً فداوى نفسه بسم فمات نظرت ــ فان كان سماً موحياً يقتل فى الحال لم يجب على الجارح قصاص فى النفس لأنه قطع سراية جرحه بالسم ؛ فصار كما لو جرحه رجل ثم ذبح نفسه وان كان السم قد يقتل وقد لا يقتل ؛ والغالب أنه لا يقتل لم يجب على الجارح قصاص فى النفس لأنه مات من فعلين ، وأحدهما عمد خطأ ، فهو كما لو شارك العامد مخطئاً ، وان كان السم قد يقتل وقد لا يقتل والغالب أنه يقتل بأن وضع سيانيد البوتاسيوم على الجرح فهل يجب القصاص على الجارح فى النفس ؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان لأنه شارك قاصداً الى الجناية ولا يجب عليه الضمان ، فهو كما لو جرح نفسه وجرحه آخر ، أو جرحه سبع وجرحه آخر ، ومنهم من قال لا يجب عليه القصاص قولا واحداً ؛ لأنه لم يقصد الجناية على نفسه وانما

فصد المداواة فصار فعله عمد خطأ بخلاف شريك السبع وشريك من جرح نفسه وأنهما قصدا الجناية •

فـــرع وان جرحه رجل فخيط جرحه فمات تظرت — فان خيط في لحم ميت كاللحم اذا قطعـه السيف فان القود يجب على الجـارح لأنه لا سراية للخياطة في اللحم الميت ، وان خيط في اللحم الحى نظرت — فان خاطه المجروح بنفسه أو خاطه غيره بأمره — فهل يجب القود على الجـارح في النفس ؟ فيه طريقان كما قلنا فيه اذا داوى جرحه بسم قد يقتـل وقـد لا يقتل ، الا أنه يقتل في الغالب ، وان خاطه أجنبى بغير اذنه أو أكرهه على ذلك وجب القود على الجـارح والذى خاط الجراحة لأنهما قاتلان ، وان خاطه السلطان وأكرهه على ذلك ، فان كان لا ولاية له عليه كان كغيره من الرعية فيجب عليه القود في النفس مع الجارح وان كان له على المجروح ولاية بأن كان صـغيرا أو مجنونا أو خاطها الولى عليه غير السلطان أو كان على المولى عليه سلعة فقطعها وليه فمات ، فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه القود لأنه جرح جرحا مخوفا فوجب عليه القود ، فعلى هذا يجب على شريكه وهو الجارح القود (والثانى) لا يجب عليـه القود لأنه لم يقصد الجناية وانما قصد المداواة فصار فعله عمد خطأ ، فعلى هذا لا يجب عليه أو على شريكه القـود في النفس • ويجب على كل واحد منهما نصف ديته مغلظة ، وهل يكون ما وجب على الامام من ذلك في ماله أو في بيت المال ؟ فيه قولان يأتى بيانهما ان شاء الله تعالى •

فـــرع وان جرح رجل رجلا جرحا وجرحه آخر مائة جرح ثم مات فهما شريكان في القتل ؛ فيجب عليهما القود ، لأنه يجوز أن يموت من الجرح الواحد كما يجوز أن يموت من المائة ؛ واذا تساوى الجميع في الجواز فالظاهر أنه مات من الجميع فصارا قاتلين فيجب عليهما القـود ، وان عفا عنهما وجبت الدية عليهما نصفين ولا تقسط الدية على عدد الجراحات كما قلنا في الجلاد اذا زاد جلده على ما أمر به في أحد القولين ، لأن الأسـواط متماثلة والجراحات لها مور فى البـدن أى قطع • وقد يجـوز أن تكون

الواحدة منها هي القاتلة وحدها دون غيرها ؛ وان أجافه رجل جائفة وجرحه آخر جراحة غير جائفة ثم مات منهما فهما سواء ، وكون احداهما أعمق من الأخرى لا يمنع من تساويهما كما لا يمنع زيادة جراحات أحدهما فى العدد والتساوى بينهما •

فــــرع اذا قطع رجل حلقوم رجل أو ضربه ثم جاء آخر فقطعه نصفين أو خرق بطنه وقطع أمعاءه وأبانها منه ثم جاء آخر فذبحه فالأول قاتل يجب عليه القود ولا يجب على الثانى الا التعزير ؛ لأن بعد جنـاية الأول لا يبقى فيه حياة مستقرة ؛ وانما يتحرك كما يتحرك المذبوح ؛ ولأنه قد صار فى حكم الموتى بدليل أنه لا يصح اسلامه ولا توبته ، ولا يصح بيعـه ولا شراؤه ولا وصيته ولا يرث وان جنى لم يجب عليه شيء فصار كما لو جنى على ميت •

وان قطع الأول يده أو رجله ثم حز الآخر رقبته أو أجافه الأول ثم قطع الثانى رقبته فالأول جارح يجب عليه ما يجب على الجارح والثانى قاتل ؛ لأن بعد جنـاية الأول فيه حيـاة مستقرة ؛ لأنه قد يعيش اليوم واليومين وقد لا يموت من هذه الجناية ، بدليل أنه يصح اسلامه وتوبته وبيعـه وشراؤه ووصيته ، ولهذا لما طعن أبو لؤلؤة المجوسى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه فى بطنه فجاءه الطبيب وسقاه لبنا فخرج اللبن من بطنه ، فقال له : اعهد الى الناس ، فعهـد عمر رضى الله عنـه ثم مات فعملت الصـحابة رضوان الله عليهم بعهده فصار كالصحيح ، والله تعالى أعلم بالصواب •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب ما يجب به القصاص من الجنايات)

اذا جرحه بما يقطع الجلد واللحم كالسيف والسكين والسنان ، أو بما حدد من الخشب والحجر والزجاج وغيرها او بما له مور وبعد غور كالمسلة والنشاب وما حدد من الخشب والقصب مات منه وجب عليه القود ، لانه قتله بما يقتـل غالباً ، وان غرز فيه ابرة ـ فان كان فى مقتل كالصدر والخاصرة والعين واصول الأذن فمات منه ـ وجب عليه القود ، لأن الاصابة بها فى المقتل ، كالاصــــابة

بالسكين والمسلة فى الخوف عليه ، وان كان فى غير مقتل كالألية والفخذ نظرت ـ فان بقى منه ضمناً الى ان مات ـ وجب عليه القود ، لأن الظاهر انه مات منة وان مات فى الحال ففية وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق انه يجب عليه القود لأن له غوراً وسراية فى البدن . وفى البدن مقاتل خفية .

(والثانى) وهو قول ابى العباس وابى سـعيد الاصطخرى انه لا يجب لأنه لا يقتل فى الغالب فلا يجب به القود ، كما لو ضربه بمثقل صغير ، ولأن فى المثقل فرقاً بين الصغير والكبير ، فكذلك فى المحدد .

الشرح اللغات : المور الموج والاضطراب والجريان ، ومار الدم يمور موراً جرى ، وأماره أساله ، ومار السنان فى المطعون اذا قطعه ودخل فيـه .

قال الشاعر :

وأنتم أناس تقمضون من القنا اذا مار فى أكتـافكم وتأطـرا

ويقولون : فلان لا يدرى ما سائر من مائر ، فالمائر السيف القاطع الذى يمور فى الضريبة موراً ، والسائر بيت الشعر المروى المشـهور . أما الغور فهو قعر كل شيء . وقوله « ضمناً » هو الذى به الزمانة فى جسده من بلاء أو كسر أو غيره .

اما الأحكام فانه اذا جرح رجل رجلا بما يجرح بحـده السـيف والسكين أو بما حده من الرصاص والقصب والذهب والخشب أو بالليطة وهى القصبة المشقوقة أو بما له مور فى البـدن كالسنان والسـهم والمغراز الذى يثقب به الاسكافى النعل والمسلة ـ وهى المخيط ـ فمـات منهـا ـ وجب على الجارح القود ، سواء كان الجراح صغيراً أو كبيراً أو سواء مات فى الحال أو بقى متألما الى أن مات ، وسواء كان فى مقتل أو فى غير مقتل ، لأن جميع ذلك يشق اللحم ويبضعه ويقتل غالباً وأما اذا غرز فيه ابرة فمات نظرت ـ فان غرزها فى مقتل مثـل أصـول الأذنين والعين والقلب والأنثيين

وجب عليه القود لأنها تقتل غالباً اذا غرزت فى هــذه المواضع ؛ وان غرزت فى غير مقتل كالألية والفخذ ، قال ابن الصباغ : فان بالغ فى ادخالها فيهــا وجب عليه القود ، وان لم يبالغ فى ادخالها بل غرزها فاختلف أصحابنا فيــه فقال الشيخان أبو حامد الاسفراييني وأبو اسحاق المروزى : ان بقى من ذلك متألما الى أن مات فعليه القود ، لأن الظاهر أنه مات منه •

وان مات فى الحال ففيه وجهان : قال أبو اسحاق : يجب عليه القود لأن الشافعى رحمه الله قال سواء صغر الجرح أو كبر فمات المجروح فان القود يجب فيه • ولأنه جرحه بحديدة لها مورة فى البدن فوجب فيها القود كالمسلة•

وقال أبو العباس بن سريج وأبو سعيد الاصطخرى : لا يجب به القود لأن الجالب أن الانسان لا يموت من غرز الابر ، فاذا مات علمنا أن موته وافق غرزها فهو كما لو رماه ببعرة أو ثوب فمات ، كالذى يموت بالسكتة القلبيه فى اللحظة التى يضربه آخر بعصا لا يموت من مثلها ، وقد دخل علم الطب الشرعى والتشريح الدارس لأسباب الجناية فى مثل هذه الحالات فحــدد أسباب الوفاة بطرق قطعية أو شبيهة بالقطعية هى أقرب الوسائل للوصول الى ما هو الحق ، اذا تولى ذلك أثنان من الأطباء الشرعيين الثقات العدول . لأننا نقول فيهما ما سبق أن قلناه فى القافة فى اتفاقهما واختلافهما وتطابقهما وتناقضهما •

واعترض ابن الصباغ على هذا فقال : لا وجه لهــذا التفصيل عندى ، لأنه اذا كانت العلة لا تقتل غالباً فلا وصل بين أن يبقى ضمناً منه أو يموت فى الحال ، فان قيل : لأنه اذا لم يزل ضمنا منه فقد مات منه ، واذا مات فى الحال فلا يعلم أنه مات منه ؛ قال فكان ينبغى أن يكون الوجهان فى وجوب الضمان دون القود ؛ فيراعى فى الفعل أن يكون بحيث يقتل فى الغالب ، ألا ترى أن الناس يحتجمون ويفتصدون ؟ أفترى ذلك يقتل فى الغــالب وهم يقدمون عليه ، وقال المسعودى : هل يجب عليه القود ؟ فيه وجهــان من غير تفصيل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان ضربه بمثقل نظرت فان كان كبيرا من حديد او خشب او حجر فمات منه وجب عليه القود لما روى أنس رضى الله عنة ان يهوديا قتــل جارية على اوضاح لها بحجر ، فقتله رســول الله صلى الله عليــه وســلم بين حجرين)) ولانه يقتل غالبا فلو لم يجب فيه القود جعــل طريقــاً الى اســقاط القصاص وسفك الدماء . وان قتله بمثقل صغير لا يقتل مثله كالحصاة والقلم فمات لم يجب القود ولا الدية ، فعلم انه لم يمت مــن ذلك ، وان كان بمثقــل قد يموت منه وقد لا يموت كالعصا . فان كان فى مقتل وفى مريض او فى صغير أو فى حر شديد او فى برد شديد او والى عليه الضرب فمات وجب عليــــه القود ، لأن ذلك يقتل غالبا فوجب القود فيه .

وان رماه من شاهق او رمى عليه حائطا فمات وجب القود فيه ، لان ذلك يقتل فى الغالب ، وان خنقه خنقا شديدا او عصر خصيتيه عصرا شديدا او غمه بمخدة او وضع يده على فيه ومنعه التنفس الى ان مات وجب القود لان ذلك يقتل فى الغالب ، وان خنقه ثم خلاه وبقى منه متألما الى ان مات وجب القود ، لانه مات من سراية جنايته ، فهو كما لو جرحه وتألم منــــه الى أن مات ، وان تنفس وصح ثم مات لم يجب القود ، لان الظاهر انه لم يمت منــــه فلم يجب القود ، كما لو جرحه واندمل الجرح ثم مات .

فصـــــل وان طرحه فى نار او ماء ولا يمكنه التخلص منه لكثرة المـاء والنار او لعجزه عن التخلص بالضعف ، او بان كتفه والقاه فيــه ومات وجب القود لانه يقتل غالبا ، وان القاه فى ماء يمكنه التخلص منه فالتقمة حوت لم يجب القود ، لان الذى فعله لا يقتل غالبا ، وان كان فى لجة لا يتخلص منهـا فالتقمه حوت قبل ان يصل الى الماء ففيه قولان (احدهما) يجب القود لانه القاه فى مهلكة فهلك (والثانى لا يجب لأن هلاكه لم يكن بفعله) .

الشرح حديث أنس أخرجه البخــارى فى الديات عن محمــد وعن حجاج بن منهال وعن اسحاق وعن مسدد وعن محمد بن بشار ، وفى الطلاق وفى الوصايا عن حسان بن أبى عباد وفى الاشخاص عن موسى بن اسماعيل وأخرجه مسلم فى الديات عن محمد بن المثنى ومحمد بن بشار وعن هداب وعن عبد بن حميد وأخرجه أبو داود فى الديات عن عثمــان بن أبى شيبة وأحمد بن صالح ومحمد بن كثير وأخرجه الترمذى فى الديات عن على ابن حجر والنسائى فى القود عن على بن حجر وعن اسحاق بن ابراهيم وعن

محمد بن عبد الله وعن اسماعيل بن مسـعود ، وفى المحاربة عن أحمـد بن عمرو بن اسرح والحارث بن مسكين وابن ماجه فى الديات عن على بن محمد ابن بشار وأخرجه أيضاً أحمد والدارقطنى « أن يهوديا رض رأس جارية بين حجرين ؛ فقيل لها من فعل بك هذا ؟ فلان أو فلان حتى سمى اليهـودى ، فأومأت برأسها ، فجيء به فاعترف فأمر النبى صلى الله عليه وسـلم فرض رأسه بحجرين » .

وفى رواية لمسلم « فقتلها بحجر فجيء بها الى النبى صلى الله عليه وسلم وبها رمق » وفى رواية أخرى « قتل جارية من الأنصار على حلى لها ثم ألقاها فى قليب ورضخ رأسها بالحجارة فأمر به أن يرجم حتى يموت ، فرجم حتى مات » .

أما اللغات فالمثقل بضم الميم وفتح الثاء المثلثة وتشديد القاف المفتوحة بصيغة المفعول والمثقلة بالتأنيث كلاهما رخامة ونحوها يثقل بها البساط .

أما الأوضاح فهى جمع وضح ؛ يقـال درهم وضـح ؛ نقى أبيض على النسب ؛ والوضح الدرهم الصحيح والأوضاح حلى من الدراهم الصحاح . وحكى ابن الأعرابى أعطيته دراهم أوضاحا كأنها ألبان شوك رعت بدكداك مالك ؛ مالك رمل بعينه وقلمـا ترعى الابل هنالك الا الحلى وهو أبيض ؛ فشبه الدراهم فى بياضها بألبان الابل التى لا ترعى الا الحلى ، وضح القدم بياض أخمصه .

وقوله : « غمه بمخدة » غممته غطيته فانغم .

اما الأحكام فانه ان ضربه بمثقل فمـات منه ـ فان كان يقتل مثل الحجر الكبير أو الخشبة أو الدبوس أو رمى عليه حائطا أو سقفاً وما أشبهه ـ وجب عليه القود . وبه قال مالك وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحمد . وقال النخعى والشعبى والحسن البصرى وأبو حنيفة : لا يجب القصـاص بالمثقل .

دليلنا ما روى طاوس عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله

عليه وسلم قال : « العمد قود الا أن يعفو ولى المقتول » والخطأ دية لا قود فيه ولم يفرق وروى أنس الحديث الذى ســاقه المصنف فى الفصل وخرجناه آنفا • قال العمرانى : وفى هذا الخبر فوائد •

احداها : أن القود يجب بالقتل بالمثقل • الثـانية : أنه يســتقاد به • الثالثة : أن اليهودى يقتــل بالمسلم • الرابعة : أن الرجل يقتــل بالمرأة • الخامسة : أن الإشارة حكم لأنه لو لم يكن لها حكم لأنكر عليهم النبى صلى الله عليه وسلم •

قلت مذهبنا ومذهب الجمهور ـ وحكى ابن المنذر الاجماع عليه الا رواية عن على ـ وعن الحسن وعطاء أن الرجل يقتل بالمرأة ؛ ورواه البخارى عن أهل العلم •

قال الشوكانى فى النيل : وروى فى البحر عن عمر بن عبد العزيز والحسن البصرى وعكرمة وعطــاء ومالك وأحد قولى الشــافعى أنه لا يقتل الرجل بالمرأة ، وانما تجب الدية • وقد رواه عن الحسن البصرى أبو الوليد الباجى والخطابى • وحكى هذا القول صاحب الكشاف عن الجمــاعة الذين حكاه صاحب البحر عنهم ، ولكنه قال : وهو مذهب مالك والشافعى • ولم يقل وهو أحد قولى الشافعى ، كقول صاحب البحر ، وقد أشار السعد فى حاشيته الى الكشاف الى أن الرواية التى ذكرها الزمخشرى وهم محض • قال ولا يوجد فى كتب المذهبين ـ يعنى مذهب مالك والشــافعى ـ تردد فى قتــل الذكر بالأنثى •

وأخرج البيهقى عن أبى الزناد أنه قال : كان من أدركته من فقهائنا الذين ينتهى الى قولهم ، منهم ســعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والقاسم بن محمد وأبو بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد بن ثابت وعبيــد الله بن عبد الله بن عتبة وسليمان بن يسار فى جلة ما سواهم من نظرائهم أهل فقــه وفضل أن المرأة تقاد من الرجل عيناً بعين وأذناً بأذن وكل شىء من الجراح على ذلك ؛ وان قتلهــا قتل بها ، وروينــاه عن الزهرى وغيره وعن النخعى

والشعبى وعمر بن عبد العزيز • قال البيهقى وروينا عن الشعبى وابراهيم خلافه فيما دون النفس •

وعن حمل بن مالك (وهو ابن النابغة الهذلى وهو يعد فى بصريى الصحابة وحديثه الآتى مخرج عند المدنيين والبصريين) قال رضى الله عنه « كنت بين امرأتين فضربت احداهما الأخرى بمسطح فقتلها وجنينها ؛ فقضى النبى صلى الله عليه وسلم فى جنينها بغرة وأن تقتل بها » رواه أبو داود فى الديات والنسائى فى القود وابن ماجه فى الديات والدارقطنى ، وليس لحمل حديث سواه عن النبى صلى الله عليه وسلم ، والمسطح الخشبة الكبيرة نركز فى وسط الخيمة •

وان ضرب بمثقل لا يقتل مثله غالباً كالقلم والحصى فمات لم يجب عليه القود ولا الدية ولا الكفارة ، لأنا نعلم أنه لا يموت منه ، وانما وافق موته ضربته ، وان ضربه بمثقل قد يقتل وقد لا يقتل كالسوط والعصا الخفيف فمات ؛ فان والى عليه الضرب الى أن بلغ عدداً يقتل مثله فى الغالب على حسب حال المضروب ، أو رمى به بأن يضربه خمسمائة أو ألفاً ، فان ذلك يقتل فى الغالب ؛ وكذلك اذا كان المضروب نضو الخلق أو فى حر شديد أو فى برد شديد فضربه دون ذلك فمات لم يجب عليه القود لأنه عمد خطأ ويجب عليه الدية •

فــرع وان خنقه بيده أو بحبل أو طرح على وجهه مخدة أو منديلا واتكأ عليه حتى مات — فان فعل ذلك مدة يموت المخنوق من مثلها غالباً وجب على قاتله القود ، لأنه تعمد قتله بما يقتل مثله غالبا ، وان كان فى مدة يجوز أن يموت مثله من مثلها ، ويجوز أن لا يموت لم يجب عليه القود وعليه دية مغلظة ، لأن فعله عمد خطأ •

وان خنقه خنقا يموت مثله من مثله ثم أرسله حياً ثم مات — فان كان قد أورثه الخنق شيئا حتى لا يخرج نفسه ، أو بقى متألما الى أن مات ؛ وجب على الخانق القود لأنه مات بسراية فعله • وان جعل فى رقبته خراطة حبل

وتحت رجليه كرسياً وشد الحبل الى سقف بيت وما أشبهه ونزع الكرسى من تحته فانخنق ومات وجب عليه القود لأنه أوحى الخنق •

مسألة وان طرحه فى نار فى حفير فلم يمكنه الخروج منها حتى مات وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا • وان كانت النار فى بسيط من الأرض ، فان كان لا يمكنه الخروج منها لكثرتها أو لسدة التهابها ، أو بان كتفه وألقاه فيها • أو بأن كان ضعيفاً لا يقدر على الخروج وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا ، وان أمكنه الخروج منهـا فلم يخرج حتى مات ، ويعلم امكان الخروج بأن يقول أنا أقدر على الخروج ولا أخرج لم يجب الفود ، وهل يجب عليه الدية ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه الدية ، لأنه ضمنه بطرحه فى النار ، فلم يسقط عنه الضمان بتركه الخروج مع قدرته عليـه ، كما لو جرحه جراحة وأمكنه مداواتها فلم يداوها حتى مات •

(والثانى) لا يجب عليه الدية ، لأن النفس لم يخرج بالطرح بالنـار ، وانما خرجت ببقائه فيها باختياره • فهو كما لو خرج منها ثم عاد اليهـا ، ويفارق ترك المداواة لأنه لم يحدث أمراً كان به التلف بخلاف بقائه فى النار فانه أحدث أمراً حصل به التلف ، ولأن البرء فى الدواء أمر مظنون فلم تسقط به الدية • والسلامة بالخروج أمر متحقق فسقط بتركه الضمان ، فاذا قلنـا بهذا وجب على الطارح أرش ما عملت فيه النار من حين طرحه فيها الى أن أمكنه الخروج فلم يخرج •

فـرع قال الشـافعى رحمه الله : لو طرحه فى لجـة بحر وهو يحسن العوم أو لا يحسن العوم فغرق فيها فعليه القود ، وجملة ذلك أنه اذا طرحه فى لجة البحر فهلك فعليه القود ، سـواء كان يحسن الستاحة أو لا يحسن ، لأن لجة البحر مهلكة وان طرحه بقرب السـاحل فغرق فمات — فان كان مكتوفاً أو غير مكتوف وهو لا يحسن السباحة — فعليه القود ، وان كان يحسن السباحة وأمكنه أن يخرج فلم يخرج حتى غرق ومات أو طرحه

فيما يمكنه الخروج منه فلم يخرج منه حتى مات فلا يجب عليه القود ، وهل نجب عليه الدية ؟ فيه طريقان . من أصحابنا من قال : فيه قولان كما لو طرحه فى نار يمكنه الخروج منها فلم يخرج منها حتى مات . ومنهم من قال : لا يجب عليه الدية قولا واحداً ؛ لأن العـادة لم تجر بأن يخوض النار فى النـار ؛ والعادة بأن الناس يخوضون فى الماء .

وان طرحه فى البحر بقرب الساحل وهو ممن يمكنه الخروج منه فابتلعه حوت فلا قود عليه لأنه كان يمكنه الخروج لو لم يبلعه الحوت ؛ وقيل عليه القود لأنه لو لم يبتلعه الحوت لما كان يتخلص . والثانى لا يجب عليه القود بل عليه الدية ؛ لأن الهلاك لم يكن بفعله ، والأول أصح .

وان طرحه فى ساحل بحر قد يزيد اليه الماء وقد لا يزيد فزاد الماء ويغرقه لم يجب عليه القود لأنه لا يقصد قتله ؛ ويجب عليه دية مغلظة لأنه عمد خطأ وان كان الموضع لا يزيد الماء اليه فزاد وغرق لم يجب عليه القود ، وتجب عليه دية مخففة لأنه خطأ عمد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان حبسه ومنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها مـن غير طعام ولا شراب فمات وجب عليه القود ، لأنه يقتل غالبا ، وان أمسـكه على عز وجل من قتل غير قاتله او طلب بدم الجاهلية فى الاسلام او بصر عينيه فى النوم الخزاعى ((أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ان من اعتى النـاس على الله عز وجل من قتل غير قاتله او طلب بدم الجاهلية فى الاسلام او بصر عينيه فى النوم ما لم تبصره)) وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال : ((ليقتل القـاتل ويصبر الصابر)) ولانه سبب غير ملجىء ضامنه مباشرة فتعلق الضمان بالمباشرة دون السبب كما لو حفر بئرا فدفع فيها آخر رجلا فمات .

فصــــل وان كتف رجلا وطرحه فى ارض مسبعة او بين يدى سـبع فقتله لم يجب القود لانه سبب غير ملجىء فصار كمن امسكه على من يقتـلـه فقتله . وان جمع بينة وبين السبع فى زبية او بيت صغير ضيق فقتله وجب عليه القود لان السبع يقتل اذا اجتمع مع الآدمى فى موضع ضيق .

وان كتفه وتركه فى موضع فيه حيات فنهسته فمات لم يجب القود ، ضيقاً كان المكان او واسعاً ، لأن الحية تهرب من الآدمى فلم يكن تركه معها ملجئاً الى قتله وان الهشه سبعاً او حية يقتل مثلها غالباً فمات منه وجب عليه القود لأنة الجاه الى قتله ، وان كانت حية لا يقتل مثلها غالباً ففيه قولان (أحدهما) يجب القود لأن جنس الحيات يقتل غالباً (والثانى) لا يجب لان الذى السعه لا يقتل غالباً) .

الشرح حديث أبى شريح الخزاعى رواه أحمد وأخرجه الدارقطنى والطبرانى والحاكم ، ورواه الطبرانى والحاكم من حديث عائشة بمعناه ؛ وروى البخارى فى صحيحه عن ابن عباس مرفوعاً « أبغض الناس الى الله ثلاثة : ملحد فى الحرم ؛ ومتبع فى الاسلام سنة الجاهلية ؛ ومطلب دم امرىء بغير حق ليهريق دمه » وأخرجه أحمد أيضا عن عبد الله بن عمر . وكذلك ابن حبان فى صحيحه بلفظ « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « ان أعدى الناس على الله عز وجل من قتل فى الحرم ، أو قتل غير قاتله ، او قتل بدخول الجاهلية » .

وأخرج عمر بن أبى شبة عطاء بن يزيد قال : « قتل رجل بالمزدلفة ـ يعنى فى غزوة الفتح ـ فذكر القصة وفيها ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « وما أعلم أحداً أعتى على الله من ثلاثة : رجل قتل فى الحرم ؛ أو قتل غير قاتله ؛ أو قتل بذحل الجاهلية » .

وأبو شريح الخزاعى اسمه خويلد بن عمرو ؛ وقيل عمرو بن خويلد ؛ وقيل كعب بن عمرو ، وقيل هانىء بن عمرو وأصحها خويلد بن عمرو ؛ أسلم قبل فتح مكة وكان يحمل أحد ألوية بنى كعب بن خزاعة يوم الفتح ؛ وكانت وفاته بالمدينة سنة ثمان وستين يعد فى أهل الحجاز . وروى عنه عطاء بن يزيد الليثى وأبو سعيد المقبرى وسفيان بن أبى العوجاء .

وقال مصعب : سمعت الواقدى يقول : كان أبو شريح الخزاعى من عقلاء أهل المدينة فكان يقول : اذا رأيتمونى أبلغ من أنكحته أو نكحت اليه الى السلطان فاعلموا أنى مجنون فاكوونى ، واذا رأيتمونى أمنع جارى أن يضع خشبته فى حائطى فاعلموا أنى مجنون فاكوونى ، ومن وجد لأبى شريح سمناً

أو لبنا أو جداية فهو له حل فليأكله ويشربه . اتفق له الشيخان على حديثين . وروى له الترمذى ثلاثة أحاديث وأبو داود ثلاثة أحاديث وابن ماجه حديثين وقوله : « ان أعتى » وفى رواية : « ان أعدى الناس وهما تفضيل ، أى الزائد فى التعدى أو العتو على غيره ؛ والعتو التكبر والتجبر .

وقد أخرج البيهقى عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده أنه قال : وجد فى قائم سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاب : ان أعدى الناس على الله . الحديث قال تعالى : « وعتوا عتواً كبيراً » أى تجبروا وعصوا .

أما حديث « ليقتل القاتل ويصبر الصابر » فقد رواه ابن المبارك عن معمر عن اسماعيل يرفعه قال « اقتلوا القاتل واصبروا الصابر » ورواه الدارقطنى عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر ؛ يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك » ورواه الشافعى من فعل على رضى الله عنه « أنه قضى فى رجل قتل رجلا متعمداً وأمسكه آخر ، قال : يقتل القاتل ويحبس الآخر فى السجن حتى يموت .» وأخرجه الدارقطنى من طريق الثورى عن اسماعيل بن أمية عن نافع عن ابن عمر ؛ ورواه معمر وغيره عن اسماعيل . قال الدارقطنى والإرسال أكثر . وأخرجه أيضا البيهقى ورجح المرسل وقال انه موصول غير محفوظ .

وقال فى بلوغ المرام : ورجاله ثقات وصححه ابن القطان .

وقد روى أيضا عن اسماعيل عن سعيد بن المسيب مرفوعا ؛ والصواب عن اسماعيل قال : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم » الحديث .

وقوله « ويصبر الصابر » معناه يحبس الحابس . وفى أسماء الله تعالى الصبور وهو الذى لا يعاجل العصاة بالانتقام وهو من أبنية المبالغة ، ومعناه قريب من معنى الحليم ؛ والفرق بينهما أن المذنب لا يأمن العقوبة فى صفة الصبور كما يأمنها فى صفة الحليم وصبره عن الشىء حبسه ؛ قال الحطيئة :

قلت لها أصبرها جاهدا ويحك أمثال طريف قليل

والصبر نصب تفس الانسان للقتل ؛ وقد مضى فى كتاب الأيمان معنى اليمين الصبر ومعان فى كلمة الصبر ، ومنه صبر النفس اى حبسها عند الجزع . قال تعالى : « واصبر نفسك مع الذين يدعون ربهم » وقوله « أرض مسبعة » بالاضافة وفتح الميم أى ذات سباع ، والزبية حفرة تحفر لينشب فيها السبع وجمعها زبا . قال ابن بطال : فيها لغتان الضم والكسر ، وتهسته بالسين المهملة ، أى أخذته بمقدم أسنانها ، ونهس الحية عضها . قال الراجز :

وذات قرنين طحون الضرس تنهس لو تمكنت من نهس

ويقال نهشته بالشين . قال الزمخشرى فى الأساس : الفرق أن النهس بأطراف الأسنان والنهش بالأضراس .

أما الأحكام فانه اذا حبس حرا وأطعمه وسقاه فمات وهو فى الحبس فلا قود عليه ولا دية ، سواء مات حتف أنفه أو بسبب كلدغ الحية وسقوط الحائط وما أشبهه . وقال أبو حنيفة ان كان صغيراً فمات حتف أنفه فلا شيء عليه ، وان مات بسبب كلدغ الحية وسقوط الحائط فعليه الدية . دليلنا أنه حر فلا يضمنه باليد كما لو مات حتف أنفه ، وأما اذا حبسه ومنعه الطعام والشراب أو أحدهما حتى مات نظرت ــ فان حبسه عن ذلك مدة يموت مثله فى مثلها غالباً ــ وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا ، فهو كما لو قتله بالسيف ؛ وان كان مدة لا يموت مثله فى مثلها بمنع الطعام والشراب فلا قود عليه ولا دية لأنا نعلم أنه مات بسبب آخر ، ويعتبر حال المحبوس ، فان حبسه وهو جائع فانه لا يصبر عن الطعام الا المدة القليلة ، وان كان شبعان فانه يصبر أكثر من مدة صبر الجائع ويعتبر الطعام على انفراده والشراب على انفراده لأن الانسان يصبر عن الطعام أكثر مما يصبر عن الشراب .

وان أمكنه الخروج الى الطعام والشراب فلم يخرج حتى مات . قال الطبرى فلا قود . أما اذا أمسك رجل رجلا فجاء آخر فقتله وجب القود على القاتل دون المسك الا أن المسك ان كان أمسكه مداعبة أو ليضربه فلا اثم عليه ولا تعزير وان أمسكه ليقتله الآخر أثم بذلك وعزر ، هذا مذهبنا

وبه قال أبو حنيفة وأصحابه . وقال ربيعة : يقتل القاتل ويحبس الممسك حتى يموت وقال مالك : ان حبسه ليضربه الآخر أو أمسكه ليضربه أو أمسكه مداعبة فجاء الآخر فقتله فلا قود عليه ولا دية ، وان أمسكه ليقتله الآخر فعليه القود ، ومذهب أحمد أنه لا خلاف فى أن القاتل يقتل ، لأنه قتل من يكافئه عمداً بغير حق . وأما الممسك فان لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شيء عليه لأنه متسبب والقاتل مباشر فسقط حكم المتسبب به ، وان أمسكه له ليقتله مثل ان ضبطه له حتى ذبحه له ، كاختلفت الرواية عن أحمد ، فروى عنه أنه يحبس حتى يموت ؛ وهو قول عطاء وربيعة ؛ وروى ذلك عن على ؛ وروى عن أحمد أنه يقتل أيضا ، وهو قول مالك .

قال سليمان بن موسى الاجماع فينا أنه يقتل لأنه لو لم يمسكه ما قدر على قتله وبامساكه تمكن من قتله فالقتل حاصل بفعلهما فكانا شريكين فوجب عليهما القصاص كما لو جرحاه .

دليلنا حديث ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « اذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذى قتل ويحبس الذى أمسك » ولأنه حبسه حتى الموت فيحبس حتى الموت ؛ كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فاننا نفعل به ذلك حتى يموت .

وقوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) فلو أوجبنا على الممسك القود كنا قد اعتدينا عليه بأكثر مما اعتدى . وهذا يدخل تحت طائلة وعيده صلى الله عليه وسلم حيث يقول : « ان من أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله ، أو طالب بدم الجاهلية فى الاسلام ، أو بصر عينه فى النوم ما لم تبصره » فلو قتل الولى الممسك لكان قتل غير قاتله ؛ وقد أراد النبى صلى الله عليه وسلم بصبر الصابر التعزير بالحبس ؛ لأنه سبب غير ملجىء اجتمع مع المباشرة فتعلق الضمان بالمباشرة دون السبب ، كما لو حفر بئراً أو نصب سكينا فدفع آخر عليها رجلا فمات . ولأنه لو كان بالامساك شريكا لكان اذا أمسك الرجل امرأة وزنى بها آخر أنه يجب عليهما الحد ، فلما لم يجب الحد على الممسك لم يجب القود على الممسك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان سقاه سماً مكرها فمات وجب عليه القـــود لأنه سبب يقتل غالباً فهو كما لو جرحه جرحا يقتل غالبا ، وان خلطه بطعام وتركه فى بيته فدخل رجل فأكله ومات لم يجب عليه القود كما لو حفر بئرا فى داره فدخل رجل تغير اذنه فوقع فيها ومات ، وان قدمه اليه او خلطه بطعام الرجل فأكله فمات ففيه قولان (احدهما) لا يجب عليه القود لأنه أكله باختياره فصار كمـا لو قتل نفسه بسكين (والثانى) يجب لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة ، فاهدت اليـه يهودية بخيبر شاه مصلية فأكل منها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه، ثم قال : ارفعوا أيديكم فانها قد أخبرتنى انها مسمومة ، فارسل الى اليهودية فقال ما حملك على ما صنعت قالت : قلت : ان تكن نبيا لم يضرك الذى صنعته، وان كنت ملكا ارحت الناس منك ، فأكل منها بشر بن البراء بن معرور فمات ، فارسل اليها فقتلها ، فقال رسول الله صلى الله عليـه وسلم : مازلت أجد من الأكلة التى اكلت بخيبر ، فهذا أوان القطاع ابهرى » ولأنه سبب يفضى الى القتل غالبا فصار كالقتل بالسلاح وان سقاه سما وادعى انه لم يعلم انه قاتل ففيـه قولان (احدهما) انه يجب عليه القود لانه السم يقتل غالبا (والثانى) لا يجب لأنه يجوز ان يخفى عليه انه قاتل وذلك شبهة فسقط بها القود .

فصــــل وان قتله بسحر يقتل غالبا وجب عليه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا فاشبه اذا قتله بسكين ، وان كان مما يقتل ولا يقتل لم يجب القود لانه عمد خطأ فهو كما لو ضربه بعصا فمات) .

الشرح حديث أبى هريرة أخرجه أبو داود حدثنا وهب بن بقية حدثنا خالد عن محمد بن عمرو عن أبى سلمة أن رسول الله صلى الله عليـه وسلم أهدت له يهودية بخيبر . الحديث هكذا جاء مرسلا . ورواه حمـاد ابن سلمة عن محمد بن عمرو عن أبى سلمة عن أبى هريرة متصلا .

وذكر عبد الرزاق عن معمر عن الزهرى أن زينب بنت الحرث اليهودية امرأة سـلام بن مشكم أهدت للنبى صلى الله عليه وسلم شاة مشـوية قد سمتها وسألت أى اللحم أحب اليه ؟ فقالوا الذراع ، فأكثرت من السم فى الذراع ، فلما انتهش من ذراعها أخبره الذراع بأنه مسموم فلفظ الأكلة ، ثم قال : اجمعوا لى من ههنا من اليهود فجمعوا له فقال الرسول لهم : انى

سائلكم عن شيء فهل أنتم صادقي فيه ؟ قالوا نعم يا أبا القاسم فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أبوكم ؟ قالوا أبونا فلان ؛ قال كذبتم أبوكم فلان ، قالوا : صدقت وبررت • قال هل أنتم صادقي عن شيء ان سألتكم عنه ؟ قالوا : نعم يا أبا القاسم وان كذبناك عرف كذبنا كما عرفته في أبينا ؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أهل النار ؟ فقالوا نكون فيها يسيراً ثم تخلفوننا فيها فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : اخسأوا فيها فوالله لا نخلفكم فيها أبداً ثم قال : هل أنتم صادقي عن شيء ان سألتكم عنه ؟ قالوا نعم ، قال أجعلتم في هذه الشاة سما ؟ قالوا : نعم : قال فما حملكم على ذلك ؟ قالوا أردنا ان كنت كاذباً نستريح منك ، وان كنت نبيا لم يضرك . وجيء بالمرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : أردت قتلك ، فقال ما كان الله ليسلطك علي • قالوا ألا نقتلها ؟ قال لا ؛ ولم يتعرض لها ولم يعاقبها ، واحتجم على الكاهل ؛ وأمر من أكل منها فاحتجم ، فمات بعضهم » •

واختلف في قتل المرأة ؛ فقال الزهري : أسلمت فتركها ، ثم قال معمر : والناس تقول قتلها النبي صلى الله عليه وسلم ، الا رواية حماد بن سلمة عن محمد بن عمرو عن أبي سلمة عن أبي هريرة أنه قتلها لما مات بشر بن البراء ، ويمكن التوفيق بين الروايتين بأنه صلى الله عليه وسلم لم يقتلها أولا فلما مات بشر بن البراء قتلها •

وقد اختلفت الروايات في هل أكل النبي صلى الله عليه وسلم منها أم لا ؟ فأكثر الروايات أنه صلى الله عليه وسلم أكل منها وبقي بعد ذلك ثلاث سنين ؛ حتى قال في وجعه الذي مات فيه : ما زلت أجد من الأكلة التي أكلت من الشاة يوم خيبر ، فهذا أوان انقطاع الأبهر مني • قال الزهري : فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم شهيداً •

اما اللغات فالمصلية هي المشوية ، والصلا والصلاء ، بفتح الصاد مقصوراً وكسرها ممدوداً ، ومنه قوله تعالى « سيصلى ناراً ذات لهب » وقوله « جهنم يصلونها فبئس القرار » •

وقوله « ما زلت أجد من الأكلة » أى أشتكى ، والأكلة بضم الهمزة هى اللقمة والأبهر عرق اذا انقطع مات صاحبه ، وهو أبهران يخرجان من القلب ثم تتشعب منهما سائر الشرايين . هكذا يقول ابن بطال ، وبالرجوع الى علم التشريح نجد أن القلب يمتد من آحد جانبيه من أعلاه شريان رئوى يدفع الدم الى الرئتين لاحداث عملية تبادل الغازات وهو يمتد من البطين الأيمن الى الرئتين ، والعرق الآخر وهو يسمى الأورطى ، ويمتد من البطين الأيسر الى أجزاء الجسم ويمتد منهما الشرايين والأوردة التى هى مجار للدم .

اما الأحكام فان كتف رجلا أو قيده فأكله السبع ففيه ثلاث مسائل ذكرها الشيخ أبو حامد . احداهن اذا قيده وكتفه وطرحه فى أرض مسبعة فجاء السبع فأكله فانه لا قود على الطارح له ولا دية ؛ لأن السبع أكله باختياره ؛ ولأن له اختياراً ، كما لو أمسكه فقتله آخر .

(الثانية) اذا قيده فى صحراء ثم رمى بالسبع عليه أو رمى به على السبع فأكله فلا قود عليه ولا دية ؛ لأن من طبع السبع اذا رمى به على انسان أو رمى انسان عليه أن ينفر عنه ، فاذا لم ينفر عنه كان أكله له باختياره .

(الثالثة) اذا كان السبع فى مضيق أو بيت أو بئر أو زبية فرمى بالانسان عليه ؛ أو كان الانسان فى المضيق أو فى البيت أو فى البئر أو فى الزبية فرمى بالسبع عليه فضربه السبع فمات ــ فان ضربه السبع ضرباً يقتل مثله فى الغالب ــ وجب على الرامى القود لأنه قد اضطر السبع الى قتله ؛ وان ضربه ضرباً لا يقتل مثله فى الغالب فمات لم يجب على الرامى القود لأن الغالب منه السلامة ؛ ويجب عليه الدية فى ماله . وكذلك حكم النمر وما فى معناه . وان أمسك السبع أو النمر وأفرسه اياه فأكله فعليه القود ، لأنه قد اضطره الى ذلك .

مسألة اذا قيد رجلا وطرحه فى أرض ذات حيات فنهسته حية منها فمات فلا قود عليه ولا دية ؛ سواء كان فى موضع واسع أو ضيق ، وكذلك اذا رمى به على الحية أو رمى بالحية عليه ، لأن الحيات والعقارب من طبعها النفور من الانسان ، وان أخذ الحية أو العقرب بيده وأنهشها

انشاناً . قال الشافعي رحمه الله ضغطها أو لم يضغطها فنهشته ومات ـــ فان كان من الحيات التى تقتل فى الغالب كحيات الكوبرا أو الحيات الســامة ذات الرأس المدببة وجب عليه القود ؛ لأنه توصل الى قتله بما يقتل غالباً ؛ فهو كما لو قتله بالسيف . وان كان مما لا يقتل غالباً كثعابين مكة والحجاز وأفاعى مصر التى تبتــلع الدواجن أو التى تعيش تحت قضــبان السكك الحديدية وتعيش على ابتلاع العظاء [1] والضفدع ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجب عليه القود لأنه لا يقتل غالبا ؛ ويجب عليه دية مغلظة لأنه شبه عمد .

(والثانى) يجب عليه القود لأن حبسها يقتل غالبا فهو بمنزلة الجراح .

فائــدة الحيات منها السام وتعرف بدقة رأســها وغلظ عنقهــا وغير السام وتعرف بدقة عنقها وفرطحة رأسها أشبه بالابهام ؛ ونصف السام وهى ما يكون شكلها وسطا بين السام وغير السام ؛ وبعض من يدعى التصوف يأكلون الثعابين وهى من النوع غير الســام لادعاء الكرامة ؛ وهى لعمر الله مخرقة والحاد لأنهم يجعلون من أكل الخبــائث المحرمة مظهراً من مظــاهر الرضوان والاكرام .

مســـألة اذا سقى رجلا سماً فمات المسقى فلا يخلو اما أن يكرهه أو لا يكرهه فان أكرهه على شربه بأن صبه فى حلقه مكرها له على ذلك نظرت ـــ فان أقر الساقى أنه سم يقتل مثله غالبا ـــ وجب عليه القــود ، لأنه قتله بما يقتل غالبا ، فهو كما لو قتله بالسيف ، وان ادعى ولى المقتول أنه يقتل غالبا وأنكر الساقى أنه يقتل غالبا ـــ فان أقام ولى المقتول بينة أنه يقتل غالبــا ـــ وجب القود على الساقى لأنه ثبت أنه يقتل غالبا .

وان أقام ولى المقتول بينة أنه نحيف الخلق ولا يقتل قوى الخلق لم يجب عليه القود وانما يجب عليه دية مغلظة ؛ وان لم تكن هناك بينــة فالقول قول

---

(1) وهى ما يسمى بالسحالى عند العامة .

الساقى مع يمينه أنه لم يكن يقتل غالبا ، لأن الأصل عدم القود ؛ فاذا حلف لم يجب عليه القود وعليه دية مغلظة .

وان قامت البينة أنه كان يقتل غالبا أو اعترف الساقى بذلك الا أنه ادعى أنه لم يعلم أنه يقتل غالبا وقت السقى ؛ فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يجب عليه القود لأن ما ادعاه محتمل ؛ وذلك شبهة توجب سقوط القود عنه .

(والثانى) يجب عليه لأنه قتله بما يقتل غالبا فلا يصدق فى دعواه كما لو جرحه وان خلط السم بطعام أو شراب وأكهه فأوجزه فى حلقه فمات ، فان كان الطعام أو الشراب قد كسر حدة السم تلقائيا ، فان لم يكرهه على ذلك وانما ناوله اياه فشربه ؛ نظرت فان كان الشارب صبيا لا يميز أو كبيراً مجنوناً أو أعجميا يعتقد وجوب طاعة الآمر ؛ فعلى الرافع اليه الضمان ؛ لأنه كالآلة حيث اعتقد طاعته فيه ، وان كان عاقلا مميزاً فلا ضمان على الرافع لأنه قتل نفسه باختياره وتفريطه وان خلطه به ولم يكسر الطعام حدة السم فأكله انسان ومات نظرت ــ فان كان الطعام الذى خلط فيه السم وقدمه الى انسان وقال كله أكله ، فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه القود لما روى أبو هريرة « أن يهودية بخيبر أهدت للنبى صلى الله عليه وسلم شاة مصلية فأكل منها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم ؛ ثم قال النبى صلى الله عليه وسلم ، ارفعوا أيديكم فان هذه الذراع تخبرنى أن بها سما » فأرسل الى اليهودية وقال : ما حملك على ما صنعت ؟ فقالت : قلت ان كنت نبياً لم يضرك الذى صنعت ، وان كنت ملكا أرحت الناس منك ، فأكل منها بشر بن البراء بن معرور فمات ، فأرسل النبى صلى الله عليه وسلم الى اليهودية فقتلها ، فقال صلى الله عليه وسلم ما زالت أكلة خيبر تعاودنى ، فهذا أوان انقطاع أبهرى » ولأن العادة جرت أن من قدم اليه طعام فانه يأكل منه ؛ فصار كأنه ألجأه الى أكله فوجب عليه القود ، كما لو أكرهه عليه .

(والثانى) لا يجب عليه القود لأنه أكله باختياره ، فصار كما لو قتل نفسه بسكين فاذا قلنا بهذا فهل تجب عليه الدية ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال القاضى أبو الطيب فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه الدية لأنه هو الجانى على نفسه . (والثانى) تجب عليه الدية لأن التلف حصل بسبب منه فصار كما لو حفر بئراً فى طريق الناس فهلك به انسان . وقال الشيخ أبو حامد : تجب عليه الدية قولا واحداً لما ذكرناه ولا يعرف ههنا قولان ؛ وان خلط السم بطعامه وقدمه الى رجل وقال فيه سم يقتل غالبا فأكله فمات فلا قود عليه ولا دية لأنه قتل نفسه . وان خلط السم بطعام وقدمه الى صبى لا يميز أو الى بالغ مجنون أو الى أعجمى لا يعقل ولا يميز وقال : كله فان فيه سما قاتلا فأكله فمات وجب عليه القود لأنه بمنزلة ما لو قتله بيده .

وان خلط سما بطعام له فى بيته فدخل بيته رجل وأكل الطعام ومات لم يجب عليه قود ولا دية . لأن الآكل فرط وتعدى بأكل طعام غيره بغير اذنه . وان خلط السم بطعام لغيره فجاء صاحب الطعام فأكل طعامه ولم يعلم بالسم ومات ، وجب على الذى خلط السم قيمة الطعام لأنه أفسده ، وهل يجب عليه القود فى الذى أكله ؟ اختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال فيه قولان ؛ كما لو خلطه بطعام نفسه وقدمه الى من أكله ، لأن الانسان يأكل الطعام بحكم العادة والحاجة ؛ فصار كما لو خلطه بطعام ودعاه الى أكله ؛ ومنهم من قال لا يجب عليه قولا واحداً لأنه لم يوجد منه أكثر من افساد الطعام .

فـــرع اذا سحر رجل رجلا فمات المسحور سئل الساحر عن سحره ؛ فان قال سحر يقتل غالبا وقد قتلت به وجب عليه القود . وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه القود . دليلنا أنه قتل بما يقتل به غالبا . قال العمرانى : هو كما لو قتله بالسيف وان قال سحر لا يقتل وجب عليه دية مخففة لأنه أخطأ . وان قال قد يقتل وقد لا يقتل والغالب منه السلامة ؛ وجبت عليه دية مغلظة فى ماله .

وان قال الساحر قتلت بسحرى جماعة ولم يعين من قتل لم يقتل . وقال أبو حنيفة : يقتل حداً ؛ لأنه سعى فى الأرض بالفساد وهو اظهار السلاح

واخافة الطريق . وأما القتل فليس منه وللحرابة حكمها على ما سيأتى ان شاء الله وأعان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان اكره رجل على قتل رجل بغير حق فقتله ، وجب القود على المكره ، لأنه تسبب الى قتله بمعنى يفضى الى القتل غالبا ، فاشبه اذا رماه بسهم فقتله . وأما المكره فيه قولان (احدهما) لا يجب عليه القود ، لأنه قتله للدفع عن نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصده رجل ليقتله للدفع عن نفسه (والثانى) انه يجب عليه القود وهو الصحيح ، لأنه قتله ظلما لاستبقاء نفسه ، فاشبه اذا اضطر الى الاكل فقتله ليأكله .

وان امر الامام بقتل رجل بغير حق ـ فان كان المأمور لا يعلم ان قتله بغير حق ـ وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص والدية على الامام ، لأن المأمور معذور فى قتله ، لأن الظاهر ان الامام لا يأمر الا بالحق ، وان كان يعلم انه يقتله بغير حق وجب ضمان القتل من الكفارة والقصاص او الدية على المأمور لأنه لا يجوز طاعته فيما لا يحل ، والدليل عليه ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال ((لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق)) .

وقد روى الشافعى رحمه الله ان النبى صلى الله عليه وسلم قال ((من امركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه)) فصار كما لو قتله من غير امره ، وأن امره بعض الرعية بالقتل فقتل وجب على المأمور القود ، علم انه يقتله بغير حق او لم يعلم ، لأنه لا تلزمه طاعته ، فليس الظاهر انه يامره بحق فلم يكن له عذر فى قتله، فوجب علية القود .

وان امر بالقتل صبياً لا يميز او اعجميا لا يعلم ان طاعتة لا تجوز فى القتل بغير حق فقتل وجب القصاص على الآمر ، لأن المأمور ههنا كالآلة للآمر ، ولو امره بسرقة مال فسرق لم يجب الحد على الآمرة ، لأن الحد لا يجب الا بالمباشرة، والقصاص يجب بالتسبب والمباشرة .

فصل وان شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل فقتل بشهادتهما ، وجب القود على الشهود ، لما روى القاسم بن عبد الرحمن ((ان رجلين شهدا عند على كرم الله وجهه على رجل انه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما ، فقال : لو اعلم انكما تعمدتما لقطعت ايديكما)) واغرمهما دية يده ، ولانهما توصلا الى قتله بسبب يقتل غالبا فوجب عليهما القود ، كما لو جرحاه فمات .

الشرح الحديث الأول أخرجه أحمد عن عبد الله بن الصامت قال : أراد زياد أن يبعث عمران بن حصين على خراسان فأبى عليه فقال له أصحابه : أتركت خراسان أن تكون عليها ؟ قال فقال : انى والله ما يسرنى أن أصلى بحرها ويصلون ببردها ، انى أخاف اذا كنت فى نحر العدو أن يأتينى بكتاب من زياد فان أنا مضيت هلكت ، وان رجعت ضربت عنقى ؛ قال : فأراد الحكم بن عمرو الغفارى عليها ، قال فانقاد لأمره ، فقال عمران : ألا أحد يدعو لى الحكم ؟ قال فانطلق الرسول ، قال فأقبل الحكم اليه فدخل عليه فقال عمران للحكم « أسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا طاعة لأحد فى معصية الله تبارك وتعالى ؟ قال نعم ، فقال عمران : الحمد لله أو الله أكبر » .

وفى رواية عن الحسن أن زياداً استعمل الحكم الغفارى على جيش ؛ فأتاه عمران بن حصين فلقيه بين الناس ، فقال أتدرى لم جئتك ؟ فقال له لم ؟ فقال : أتذكر قول رسول الله صلى الله عليه وسلم للرجل الذى قال له أميره ارم نفسك فى النار فأدرك فاحتبس ، فأخبر بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لو وقع فيها لدخلا النار جميعا ، لا طاعة فى معصية لله تبارك قال نعم ؛ قال انما أردت أن أذكرك هذا الحديث . رواه أحمد بألفاظ ، والطبرانى باختصار وفى بعض طرقه « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » قال الهيثمى ، ورجال أحمد رجال الصحيح ، وأخرجه الحاكم فى المستدرك عن عمران والحكم الغفارى أيضا . قال السيوطى واسناده حسن .

وأخرجه أحمد وأبو يعلى عن أنس « أن معاذ بن جبل قال : يا رسول الله أرأيت ان كان علينا أمراء لا يستنون بسنتك ولا يأخذون بأمرك ؛ فما تأمرنا فى أمرهم ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا طاعة لمن لم يطع الله عز وجل » وفيه عمرو بن زينب ولا يعرف وبقية رجاله رجال الصحيح .

وأخرج أحمد والبخارى ومسلم من حديث على رضى الله عنه قال « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم سرية واستعمل عليهم رجلا من الأنصار وأمرهم أن يسمعوا له ويطيعوا فعصوه فى شىء فقال اجمعوا لى حطبا ؛ فجمعوا ، ثم

قال أوقدوا ناراً فأوقدوا ، ثم قال ألم يأمركم رسول الله أن تسمعوا وتطيعوا ؟ قالوا بلى قال فادخلوها ، فنظر بعضهم الى بعض وقالوا : انما فررنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من النار ، فكانوا كذلك حتى سكن غضبه وأطفئت النار ، فلما رجعوا ذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لو دخلوها لم يخرجوا منها أبداً » وقال « لا طاعة فى معصية الله ، انما الطاعة فى المعروف » .

وفى حديث معاذ بن جبل عند أحمد « لا طاعة لمن لم يطع الله » وفى حديث عبادة بن الصامت عند أحمد والطبرانى « لا طاعة لمن عصى الله » ولفظ البخارى « فاذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة » وخبر القاسم بن عبد الرحمن مضى فى الأيمان .

فـــرع فاذا أمر الامام رجلا أن يقتل رجلا بغير حق فقتله فلا يخلو اما أن يكرهه على قتله أو لا يكرهه ، فان لم يكرهه بل قال له اقتله ، فان كان المأمور يعلم أنه أمر بقتله بغير حق لم يحل له قتله ، لقوله صلى الله عليه وسلم « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » وقال صلى الله عليه وسلم « من أمركم من الولاة بغير طاعة الله فلا تطيعوه ، فان خالف وقتله المأمور بذلك وجب عليه القود والكفارة لأنه قتله بغير حق ، ولا يلحق الامام الاثم لقوله صلى الله عليه وسلم « من أعان على قتل امرىء مسلم ولو بشطر كلمة جاء يوم القيامة مكتوبا بين عينيه آيس من رحمة الله تعالى » .

هذا نقل البغداديين ، وقال الخراسانيون هل يكون مجرد الأمر من الامام أو السلطان اكراها ؟ فيه وجهان .

وأما اذا كان المأمور لا يعلم أنه أمر بقتله بغير حق وجب على الامام القود والكفارة ، لأن الامام لا يباشر القتل بنفسه ، وانما يأمر به غيره ، فاذا أمر غيره وقتله بغير حق تعلق الحكم بالامام كما لو قتله بيده . وأما المأمور فلا يجب عليه اثم ولا قود ولا كفارة لأن اتباع أمر الامام واجب عليه ، لأن الظاهر أنه لا يأمر الا بحق .

قال الشافعي رضى الله عنه وأرضاه وأحب له لو كفر ؛ وأما اذا أمره أو أكرهه الامام على القتل وعلم المأمور أنه يقتل بغير حق فلا يجــوز للمأمور القتل لما ذكرناه اذا لم يكره ، فان قتل فانه يأثم بذلك ويفسق ؛ ويجب على الامام القود والكفارة فى ماله ، وأما المكره المأمور فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يجب عليه القود ، وهو قول أبى حنيفة لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولأنه قتله لاستبقاء نفسه فلم يجب عليه القود كما لو قصد رجل نفسه فلم يمكنه دفعه الا بقتله (والثانى) يجب عليه القود ؛ وبه قال مالك وأحمد رضى الله عنهما وهو الأصح لقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعمده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » وهذا قاتل ، ولأنه قصد قتل من يكافئه لاستبقاء نفسه فوجب عليه القود كما لو جاع وقتله ليأكله ، ولأنه لو كان رجلان فى مضيق أو بيت فدخل عليهما أسد أو سبع فدفع أحدهما صاحبه اليه خوفا على نفسه فأكله السبع أو الأســد لوجب القصــاص على الدافع ، وكذلك لو كان جماعة فى البحر فخافوا فدفعوا واحداً منهم فى البحر لتخف السفينة وغرق ومات وجب عليهم القود ، وان كان ذلك لاســتبقاء أنفسهم • وكذلك هذا مثله •

فاذا قلنا يجب على المأمور القود كان الولى بالخيار بين أن يقتل المكره والمكره وبين أن يعفــو عنهما ويأخذ منهما الدية ، وان قلنــا : لا يجب على المأمور المكره القود فعليه نصف الدية لأنه قد باشر القتــل ، ويجب على كل واحد منهما كفارة على القولين معاً •

هذا نقل أصحابنا البغداديين • وقال الخراسانيون : اذا قلنا لا يجب على المأمور القود فهل يجب عليه نصف الدية ؟ فيه وجهان • فان قلنــا عليه نصف الدية كان عليه الكفارة وان قلنا : لا تجب عليه ؛ وعليه نصف الدية فهل تجب عليه الكفارة ؟ فيه وجهان •

اذا ثبت هذا فانه لا فرق بين الامام وبين النــائب عنه فى ذلك ؛ لأن طاعته تجب كما يجب طاعة الامام ، وكذلك اذا تغلب رجل على بلد أو اقليم

بتأويل ، وادعى أنه الامام كالامام الذى نصبه الخوارج ، فحكمه حكم الامام فى ذلك ، لأن الشافعى رضى الله عنه لا يرد من أفعاله الا ما يرد من أفعال امام العدل وكذلك قاضيهم ؛ فاذا تغلب رجل على بلد بغير تأويل بل باللصوص وأمر رجلا بقتل رجل بغير حق ، أو أمره رجل من الرعية بقتل رجل بغير حق فان لم يكرهه الآمر على القتل فقتله وجب على المأمور القاتل القود والكفارة سواء علم أنه أمره بقتله بحق أو بغير حق ، لأنه لا يجب عليه طاعته بخلاف الإمام ؛ ولا يلحق الآخر الا الإثم للمشاركة بالقول ؛ وأما القود والكفارة والدية فلا تجب عليه ؛ لأنه لم يلجئه الى قتله وأما اذا أكرهه على قتله وجب على الآمر القود والكفارة لأنه توصل الى قتله بالاكراه ، فهو كما لو قتله بيده ؛ وأما المأمور فان كان يمكنه أن يدفع الآمر بنفسه أو بعشيرته أو بمن يستعين به فلا يجوز له أن يقتل ؛ وان قتله فعليه القود والكفارة ؛ وان لم يمكنه أن يدفع الآمر بنفسه أو بعشيرته أو بمن يستعين به فلا يجوز له أن يقتل ، وان قتل فعليه القود والكفارة ؛ وان لم يمكنه أن يدفع الآمر فقتل فهل يجب عليه القود ؟ فاختلف أصحابنا فيه ؛ فقال أكثرهم : فيه قولان كما قلنا فى الذى أكرهه الإمام • ومنهم من قال : يجب عليه القود قولا واحداً ، لأن الذى أكرهه الإمام له شبهة فى أمر الإمام لجواز أن يكون الإمام قد علم بأمر يوجب القتل على المقتول وان لم يعلم به المأمور •

وطاعة الإمام تجب بخلاف المتغلب باللصوصية وآحاد الرعية — فانه لا يجوز له ذلك ؛ ولا يجب على المأمور طاعته •

ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : لا يجب القود على من أكرهه الإمام قولا واحدا ؛ ويجب القود على من أكرهه غير الإمام قولا واحدا لما ذكرناه من الفرق بينهما • والطريق الأول أصح •

اذا ثبت هذا فان الشافعى رحمه الله قال فى الأم : ولو أمر الإمام رجلا بقتل رجل ظلما ففعل المأمور ذلك كان عليهما القود •

واختلف أصحابنا فى تأويله فقال أبو اسحاق : أراد اذا أكرهه وأجاب على

أحد القولين . ومنهم من قال لم يرد بذلك اذا أكرهه لأنه ذكر الإكراه بعد ذلك ، وانما تأويله أن يقتل مسلما بكافر والإمام والمأمور يعتقدان أنه لا يقتل به الا أن المأمور اعتقد أن الإمام قد أداه اجتهاده الى ذلك فيجب عليهما القود أما الإمام فلأنه ألجأه الى قتله بأمر لأن طاعته أمر واجب ؛ وأما المأمور فلأن القتل اذا كان محرما لم يجز له أن يفعله ، وان كان الامام يرى اباحته فيلزمهما القود .

فرع واختلف أصحابنا فى كيفية الإكراه على القتل ؛ فقال ابن الصباغ لا يكون الإكراه عليه الا بالقتل أو بجرح يخاف منه التلف ، فأما اذا أكرهه بضرب لا يموت منه أو بأخذ مال فلا يكون اكراها ؛ لأن ذلك لا يكون عذراً فى اتلاف النفس بحرمتها ؛ ولهذا يجب عليه الدفع عن نفسه فى أحد الوجهين ؛ ولا يجب عليه الدفع عن ماله ؛ بل يجب عليه بذله لإحياء نفس غيره .

وقال الشيخ أبو حامد فى التعليق : اذا أكرهه بأخذ المال على القتل كان اكراها كما قلنا فى الاكراه على الطلاق .

وقال الطبرى : اذا أكرهه على القتل بما لا تحتمله نفسه كان اكراها ، كما قلنا فى الطلاق .

فرع وان أمر خادمه الصغير الذى لا يميز ، أو كان أعجميا لا يميز ويعتقد طاعته فى كل ما يأمره به بقتل رجل بغير حق فقتله وجب القود والكفارة على الآمر ولا يجب على المأمور شىء ، لأن المأمور كالآلة فصار كما لو قتله ، وكذلك اذا كان المأمور يعتقد طاعة كل من أمره فالحكم فيه وفيما سبقه واحد . ولو أمر بسرقة نصاب لغيره من حرز مثله فسرقه لم يجب على الآمر القطع ؛ لأن وجوب القصاص آكد من وجوب القطع فى السرقة ؛ ولهذا يجب القصاص فى السبب ولا يجب القطع فى السبب .

وان قال للصغير الذى لا يميز أو الأعجمى الذى يعتقد طاعته فى كل ما يأمره به : اقتلنى فقتله ؛ كان دمه هدراً لأنه آلة له فهو كما لو قتل نفسه ؛ وتجب عليه الكفارة وان أمر الصغير الذى لا يميز أو البالغ المجنون أن يذبح

نفسه فذبحها أو يخرج مقتلا من نفسه فأخرجه فمات ــ فان كان عبده ــ لم يجب عليه ضمانه لأنه ملكه ؛ ولكنه يأثم وتجب عليه الكفارة ، وان كان عبداً لغيره وجبت عليه قيمته والكفارة ويجب عليه القود .

وان قال للأعجمي الذي يعتقد طاعة كل من يأمره اذبح نفسك فذبحها لم يجب على الآمر الضمان ؛ لأنه لا يجوز أن يخفى عليه بأن قتل نفسه لا يجوز ؛ وان جاز أن يخفى عليه أن قتل غيره يجوز . وان أمره أن يخرج مقتلا من نفسه فجرحه ومات فان الشيخ أبا حامد ذكر أن حكمه حكم ما لو أمر بقتل نفسه . وذكر ابن الصباغ في الشامل أنه يجب على الآمر الضمان لأنه يجوز أن يخفى عليه أنه يقتله بخلاف أمره له بقتله لنفسه .

وان أكره رجلا على اتلاف مال لغيره فان الضمان ينفرد على الآمر ، وهل على المالك أن يطالب المأمور ؟ فيه وجهان حكاهما الطبري (أحدهما) له أن يطالبه لأنه باشر الاتلاف ؛ فعلى هذا يرجع المأمور على الآمر (والثاني) ليس للمالك مطالبة المأمور لأنه آلة للآمر .

مسألة قوله « وان شهد شاهدان الخ » فجملة ذلك أنه اذا شهد شاهدان على رجل بما يوجب القتل بغير حق فقتل بشهادتهما وعمدا للشهادة عليه وعلما أنه يقتل بشهادتهما وجب عليهما القود ، لما روى أن رجلين شهدا عند على رضي الله عنه على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما ، فقال لو أعلم أنكما تعمدتما الشهادة عليه لقطعت أيديكما ، وغرمهما الدية في اليد ؛ ولأنهما توصلا الى قتله بسبب يقتل غالباً فهو كما لو جرحاه فمات .

فرع لو قال لرجل : اقطع يدي فقطع يده فلا قود على القاطع ولا دية ، لأنه أذن له في اتلافها ، فهو كما لو أذن له في اتلاف ماله فأتلفه ، وان قال له اقتلني فقتله أو أذن له في قطع يده فقطعها فسرى القطع الى نفسه فمات لم يجب عليه القود . وأما الدية فقال أكثر أصحابنا يبنى على القولين متى يجب دية المقتول ؟ فان قلنا : تجب في آخر جزء من أجزاء حياته لم تجب ههنا ، وان قلنا :انها تجب بعد موته وجبت ديته لورثته .

قال ابن الصباغ : وعندى فى هذا نظر لأن هذا الاذن ليس باسقاط لما يجب بالجناية ، ولو كان اسقاط لها لما سقط ، كما لا يصح أن يقول له : أسقطت عنك ما يجب لى بالجناية أو اتلاف المال ، وانما سقط لوجود الاذن فيه ؛ ولا فرق بين النفس فيه والأطراف ؛ وهـذا يدل على أن الدية تسقط عنده قولا واحداً ، وان قصده فمات ــ فان كان بغير أمره ــ وجب عليه القود ، وان كان بأمره لم يجب عليه قود ولا دية قولا واحداً لأن القصد مباح بخلاف القتل . والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب القصاص فى الجروح والأعضاء)

(يجب القصاص فيما دون النفس من الجروح والأعضاء . والدليل عليه قوله تعالى ((وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص)) .

وروى أنس رضى الله عنه ((أن الربيع بنت النضر بن انس كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الأرش فأبوا ، وطلبوا العفو فأبوا ، فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأمر بالقصاص . فجاء أخوها انس بن النضر فقال : يا رسول الله أتكسر ثنية الربيع . والذى بعثك بالحق لا تكسر ثنيتها ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم ((كتاب الله القصاص)) قال فعفا القوم ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ان من عباد الله من لو أقسم على الله لأبرا قسمه)) ولأن ما دون النفس كالنفس فى الحاجة الى حفظة بالقصاص فكان كالنفس فى وجوب القصاص .

فصل ومن لا يقاد بغيره فى النفس لا يقاد به فيما دون النفس ، ومن اقتيد بغيره فى النفس اقتيد به فيما دون النفس لانه لما كان ما دون النفس كالنفس فى وجوب القصاص كان كالنفس فيما ذكرناه .

فصل وان اشترك جماعة فى ابانة عضو دفعة واحدة وجب عليهم القصاص ، لانه احد نوعى القصاص ، فجاز أن يجب على الجماعة بالجناية ما يجب على واحد كالقصاص فى النفس .

وان تفرقت جناياتهم بان قطع واحد بعض العضو وابانه الآخر لم يجب القصاص على واحد منهما ، لأن جناية كل واحد منهما فى بعض العضو ، فلا يجوز أن يقتص منه فى جميع العضو) .

الشرح حديث أنس رضى الله عنه أخرجه البخارى فى التفسير عن عبد الله بن منير وفى الصلح وفى الديات عن الانصارى وعن محمد بن سلام وأخرجه مسلم فى الحدود عن أبى بكر وأخرجه أبو داود فى الديات عن مسدد وأخرجه النسائى فى القود عن محمد بن المثنى عن أحمد بن سليمان وعن حميد بن مسعدة واسماعيل بن مسعود ؛ وأخرجه ابن ماجه فى الديات عن محمد بن المثنى وعن ابن أبى عدى والربيع مضى ضبطها فى الربيع بنت معوذ وهو بالتصغير وهى أم حارثة بنت سراقة المستشهد بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى صاحبة حديث : أخبرنى عن حارثة ان كان فى الجنة صبرت الخ الحديث •

أما الأحكام فقد قال الشافعي رحمه الله : والقصاص فيما دون النفس شيئان • جرح يستوفى ، وطرف يقطع •

وقال العمرانى ان القصاص يجب فيما دون النفس من الجروح والأعضاء لقوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ــ الى قوله تعالى ــ والجروح قصاص) اهـ • ولما روت الربيع أنها كسرت ثنية جارية من الأنصار فعرضوا عليهم الأرش فلم يقبلوا ؛ فطلبوا العفو فأبوا ؛ فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأمر بالقصاص ؛ فقال أنس بن النضر : والذى بعثك بالحق لا يكسر ثنيتها ؛ فقال النبى صلى الله عليه وسلم كتاب الله القصاص فعفا القوم فقال صلى الله عليه وسلم : ان من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره » • ولأن القصاص فى النفس انما جعل لحفظ النفس ؛ وهذا موجود فيما دون النفس •

اذا ثبت هذا فكل شخصين جرى القصاص بينهما فى النفس جرى القصاص بينهما فيما دون النفس ؛ فتقطع يد الحر المسلم بيد الحر المسلم ويد الكافر بيد الكافر ويد المرأة بيد المرأة ؛ وهذا اجماع •

وتقطع يد المرأة بيد الرجل ؛ ويد الرجل بيد المرأة ؛ ويد العبد بيد الحر والعبد عندنا • وبه قال مالك وأحمد •

وقال أبو حنيفة « اذا اختلف الشخصان فى الدية لم يجر القصاص بينهما فيما دونهما كالحرين المسلمين .

وان اشترك جماعة فى ابانة عضو أو جراحة يثبت بها القصاص ولم يتميز فعل بعضهم عن بعض ، مثل أن أجرى جماعة سيفا فى أيديهم على يد رجل أو رجله فقطعوها أو على رأسه فأوضحوه [1] قطعت يد كل واحد منهم وأوضح كل واحد منهم وبه قال ربيعة ومالك وأحمد . وقال الثورى وابو حنيفة : لا يقتص منهم بل ينتقل حق المجنى عليه الى الدية . دليلنا ما روى أن رجلين شهدا عند على رضى الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم أتيا برجل آخر وقالا : هذا الذى سرق وأخطأنا فى ذلك ، فلم يقبل شهادتهما على الثانى وغرمهما دية يد وقال : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعت أيديكما ، وروى لقطعتكما ، ولا مخالف له فى الصحابة ، ولأن كل جناية وجب بها القصاص على الواحد وجب بها على الجماعة كالنفس ؛ وان قطع أحدهما بعض العضو وأبانه الثانى ؛ أو وضع أحدهما السكين على المفصل ووضع الآخر عليه السكين من الجانب الآخر ثم قطعاه وأباناه لم يجب على أحدهما قصاص فى ابانة العضو ؛ لأن جناية كل واحد منهما قطعة مميزة فى بعض العضو فلا يقتص منه فى جميعه .

فرع ويعتبر فى المجنى به على ما دون النفس ما يعتبر فى النفس ، فان رماه بحجر كبير يوضحه فى الغالب فأضحه وجب عليه القود ، وان لطمه وورم وانتفخ فصار موضحة فلا قود فيها وفيها الدية . وان رماه بحجر صغير لا يوضح مثله فى الغالب فأوضحه لم يجب عليه القود ووجب عليه الدية كما قلنا فى النفس .

وحكى ابن الصباغ فى الشامل أن الشيخ أبا حامد قال اذا كان الحجر مما يوضح غالباً فانه يجب القصاص فى الموضحة ؛ فاذا مات لم يجب القصاص . وقال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر لأن من أوضح غيره بحديدة فمات منها وجب عليه القود ؛ فاذا كانت هذه الآلة توضح فى الغالب كانت كالحديد .

---

(١) أوضحوه أى أوضحوا بياض العظم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل والقصاص فيما دون النفس فى شيئين فى الجـروح وفى الاطراف . فاما الجروح فينظر فيها فان كانت لا تنتهى الى عظم كالجائفـــة وما دون الموضحة من الشجاج ، او كانت الجناية على عظم ككسر السـاعد والعضد والهاشمة والمنقلة ، لم يجب فيها القصاص ، لأنه لا تمكن المماثلة فيه ولا يؤمن ان يستوفى اكثر من الحـق فسقط ، فان كانت الجنـاية تنتهى الى عظم ـ فان كانت موضحة فى الراس أو الوجه ـ وجب فيها القصاص ، لانه تمكن المماثلة فيه ، ويؤمن ان يستوفى اكثر من حقه ، وان كانت فيما سـوى الراس والوجه كالساعد والعضد والساق والفخذ وجب فيها القصاص .

ومن اصحابنا من قال : لا يجب لانه لما خالف موضحة الراس والوجـه فى تقدير الارش خالفهما فى وجوب القصاص والمنصوص هو الاول ، لانه يمكـن استيفاء القصاص فيها من غير حيف لانتهائها الى العظم ، فوجب فيها القصاص كالموضحة فى الراس والوجه .

فصـــل وان كانت الجناية موضحة وجب القصاص بقـدرها طولا وعرضا لقوله عز وجل « والجروح قصاص » والقصاص هو المماثلة ، ولا تمكن المماثلة فى الموضحة الا بالمساحة فى الطول والعرض ، فان كانت فى الراس حلق موضعها من راس الجانى وعلم على القدر المستحق بسواد او غـيره ، ويقتص منها ، فان كانت الموضحة فى مقدم الراس أو مؤخره او فى قزعته وامكن ان يستوفى قدرها فى موضعها من راس الجانى لم يستوف فى غـيرها ، وأن كان قدرها يزيد على مثل موضـعها من راس الجانى اسـتوفى بقدرها ، وان جاوز الموضع الذى شجه فى مثله لأن الجميع راس . وان كان قدرها يزيد على راس الجانى لم يجز ان ينزل الى الوجه والقفا لانه قصاص فى غير العضو الذى جنى عليه ويجب فيما بقى الأرش لانه تعذر فيه القصاص فوجب البدل ، فان اوضح جميع راسه وراس الجانى اكبر فللمجنى عليه أن يبتدىء بالقصاص من اى جانب شاء من راس الجانى ، لأن الجميع محل للجناية .

وان اراد ان يستوفى بعض حقه من مقدم الراس وبعضه من مؤخره فقـد قال بعض اصحابنا : انه لا يجوز ، لانه ياخذ موضحتين بموضحة . قال الشيخ الامام : ويحتمل عندى انه يجوز لانه لا يجاوز موضع الجناية ولا قدرها الا أن يقول اهل الخبرة ان فى ذلك زيادة ضرر او زيادة شين فيمنع لذلك .

وان كانت الموضحة فى غير الوجه والراس وقلنا بالمنصوص انه يجب فيها القصاص اقتص فيها على ما ذكرناه فى الراس ، فان كانت فى الساعد فزاد قدرها

على ساعد الجاني لم ينزل الى الكف ولم يصعد الى العضد ، وان كانت فى الساق فزادت على قدر ساق الجانى لم ينزل الى القدم ولم يصعد الى الفخذ كما لا ينزل فى موضحة الرأس الى الوجه والقفا .

فصل وان كانت الجناية هاشمة او منقلة أو مأمومة فله أن يقتص فى الموضحة لأنها داخلة فى الجناية يمكن القصاص فيها ، ويأخذ الارش فى الباقى ، لأنه تعذر فيه القصاص فانتقل الى البدل .

الشرح الأحكام : يجب القصاص فيما دون النفس فى شيئين الجروح والأعضاء ، والجروح ضربان ، جرح فى الرأس والوجه وجرح فيما سواهما من البدن ، فأما الجروح فى الرأس والوجه ويسمى الشجاج . قال الشافعى رضى الله عنه : وهى عشرة .

(أولها) الحارصة وهى التى تقشط الجلد قشطا لا يدمى ؛ ومنه يقال حرص القصار الثوب اذا قشط درنه ووسخه [1] وبعدها الدامية وهى التى قشطت الجلد وخرج منها الدم ، وبعدها الباضعة وهى التى تبضع اللحم ، أى تشقه بعد الجلد وبعدها المتلاحمة وهى التى تنزل فى اللحم ولا تصدع العظم ؛ وبعدها السمحاق وهى التى وصلت الى جلدة رقيقة بين اللحم والعظم وتسمى تلك الجلدة السمحاق وبعدها الموضحة وهى التى أوضحت عن العظم وكشفته عنه ، وبعدها الهاشمة وهى التى هشمت العظم ، وبعد المنقلة ــ قال الشيخ أبو حامد : لها تأويلان .

(أحدهما) أن ينقل العظم من موضع الى موضع (والثانى) أنه فى تداويه لابد من اخراج شىء من العظم منه ؛ وبعدها المأمومة وتسمى الآمة بالمد اسم فاعل والمأمومة اسم مفعول ؛ وجمع الآمة أوام ؛ مثل دابة ودواب ؛ وجمع المأمومة على لفظها مأمومات وهى التى تصل الى أم الدماغ .

وقال فى البيان : وهى التى قطعت العظم وبلغت الى قشرة رقيقة فوق الدماغ وبعدها الدامغة وهى التى بلغت الدماغ .

---

(١) فى المصباح ، حرص القصار الثوب شقه ، ومنه قيل للشجة تشق الجلد حارصة .

وحكى عن أبى العباس بن سريج أنه زاد الدامغة بعد الدامية وقال : الدامية التى يخرج منها الدم ولا يجرى ؛ والدامغة ما يخرج منها الدم ويجرى . قال الأزهرى : الدامغة قبل الدامية ، وهى التى يخرج منها الدم بقطعه والدامية هى التى يخرج منها أكثر .

اذا ثبت هذا فان الشافعى رضى الله عنه قال فى الأم لا قصاص فيما دون الموضحة من الشجاج .

ونقل المزنى : لو جرحه فلم يوضحه اقتص منه بقدر ما شق من الموضحة .

واختلف أصحابنا فيه فقال الخراسانيون : هل يجب القصاص فيما دون الموضحة من الشجاج ؟ فيه قولان ، قال أكثر أصحابنا البغداديين : لا يجب القصاص فيما دون الموضحة ، وما نقله المزنى فيه سهو ؛ لأن القصاص هو المماثلة ولا يمكن المماثلة فيما دون الموضحة ، فلو أوجبنا فيها القصاص لم يأمن أن تؤخذ موضحة بمتلاحمة ؛ لأنه قد يكون رأس المجنى عليه غليظ الجلد كثير اللحم ، ويكون رأس الجانى رقيق الجلد قليل اللحم ، فاذا قدرنا العمق فى المتلاحمتين ورأس المجنى عليه وأوجبنا قدره فى رأس الجانى فربما بلغت الى العظم وذلك لا يجوز .

وقال الشيخ أبو حامد يمكن عندى القصاص فيما دون الموضحة من الشجاج على ما نقله المزنى بأن يكون فى رأس المجنى عليه موضحة وفى رأس الجانى موضحة فينظر الى المتلاحمة التى فى رأس المجنى عليه ، وينظر كم قدرها من الموضحة ؛ فان كان قدر نصفها نظر كم قدر الموضحة التى فى رأس الجانى فنقص منه نصف موضحته التى فى رأسه ؛ والمشهور أنه لا قصاص فى ذلك ؛ وأما الموضحة فيجب فيها القصاص لأن المماثلة فيها ممكنة من غير حيف ؛ فيقدر الموضحة بالطول والعرض ويعلم عليه بخيط أو سواد ولا يعتبر العمق ؛ لأنه يأخذ الى العظم . وان كانت الشجة فى الرأس وعلى موضعها فى رأس الجانى شعر فالمستحب أن يحلق ذلك الشعر لأنه أسهل فى الاستيفاء ، وان اقتص ولم يحلق الشعر جاز ؛ لأنه لا يأخذ الا قدر حقه .

فـــرع اذا شج رجل رجلا فى رأســه شجة فلا يخلو اما أن يستوى رأساهما فى الصغر والكبر أو يختلفــا ــ فان اســتوى رأساهما فى الصغر أو الكبر ــ فانه يستوفى مثل موضحته بالطول والعرض فى موضعها اما فى مقدم الرأس أو مؤخره أو بين قرنيه ، وان اختلفا نظرت ــ فان كان رأس الجانى أكبر ورأس المجنى عليه أصغر فجنى عليه موضـــحة الى منبت الشعر فوق الأذن وكان قدر طولها وعرضها فى رأس الجانى ينتهى الى أعلا من ذلك الموضع لسعته ، فليس للمجنى عليه أن يأخذ الا قدر موضحته طولا وعرضا لا يزيد عليه ، ولكن له أن يبتدىء بالقصاص من أى الجانبين شاء •

وان أوضح جميع رأســه فللمجنى عليه أن يقتص قـــدر موضحته طولا وعرضا فى أى وقت شاء من رأس الجانى لأنه قد جنى عليه فى ذلك الموضع فى رأسه • فان أراد أن يقتص بعضها فى مقدم رأس الجـانى وبعضــها فى مؤخر رأس الجانى ويكون بينهما فاصل ففيه وجهان •

(أحدهما) لا يجوز له ذلك لأنه يأخذ موضحتين بموضحة •

(والثانى) وهو قول المصنف انه يجوز لأنه لا يأخذ الا قدر حقه الا ان قال أهل الخبرة : ان فى ذلك زيادة ضرر أو زيادة شين فيمنع من ذلك ، وان كان رأس المجنى عليه أكبر من رأس الجـانى فأوضحه موضحة فى مقـــدم رأســه وكان قدر طولها وعرضها فى رأس الجانى يزيد على ذلك الموضـــع ففيه وجهان •

(أحدهما) أن للمجنى عليه أن يقتص فى مقدم رأس الجانى ويستكمل قدر طول موضحته وعرضها مما يلى ذلك من مؤخر رأس الجانى لأنه عوض واحد فان زادت موضحته على قدر الرأس لم يكن له أن يستوفى باقيها فى الوجه ولا فى القفــا وهو ما نزل عن منبت شــعر الرأس من العين لأنهما موضعان آخران والوجه الثانى أنه لا يجوز له أن يتجاوز عن سمت موضع الشجة لأنه غير موضع الشجة فلم يتجاوزه ، كما لا يجــوز أن يتجاوز عن موضع الرأس الى الوجه والقفا فعلى هذا ان كانت الموضحة فى مقدم الرأس

وزاد قدرها على مقدم رأس الجـاني لم ينزل الى مؤخره ، وان كانت بين قرنى الرأس وهما جانباه وزاد قدرها على ما بين قرنى رأس الجانى فللمجنى عليه أن يقتص الى ما فوق الأذنين لأنه فى سمتها وليس له أن يستوفى فى مقدم الرأس ولا فى مؤخره لأنه فى غير سمته •

فـــرع وأما الهاشمة والمنقلة والمأمومة فله أن يقتص فى الموضحة وليس له أن يقتص فيما زاد عليها لأن كسر العظم لا يمكن المماثلة فيـه لأنه يخـاف فيه الحيف واتلاف النفس • وأما الجـراحة فى غير الرأس والوجه فينظر فيها ــ فان وصلت الى عظم وجب فيها القصاص • ومن أصحابنا من قال : لا يجب فيها القصاص لأنها لما خالفت موضحة الرأس والوجه فى تقدير الأرش خالفتهـا فى وجوب القصاص والمنصـوص هو الأول ؛ لأنه يمكن القصاص فيها من غير حيف فهى كالموضحة فى الرأس والوجه •

فعلى هـذا ان كانت فى موضـع عليه شعر كثير ؛ فالمستحب أن يحلق موضعها ويعلم على موضعها سواد أو غيره ؛ ويقـدر الطول والعرض على ما ذكرناه فى موضحة الرأس •

وان كانت الجراحة فى العضد فزاد قدرها على عضد الجانى لم ينزل فى الزيادة على عالى الساعد • وان كانت فى الفخذ وزاد قدرها على فخذ الجانى لم ينزل فى الزيادة الى الساق ؛ وان كانت فى الساق وزاد قدرها على ساق الجانى لم ينزل فى الزيادة الى القـدم كما لا ينزل فى موضحة الرأس الى الوجه والقفـا ؛ وان كانت فيما دون الموضحة لم يجب فيها القصـاص على المشـهور من المذهب ؛ لأنه لا يمكن المماثلة فيه وعلى ما اعتبره الشـيخ أبو حامد وحكاه الخراسانيون فيما دون الموضحة من الجراحات على الرأس فى الوجه يكون ههنا مثله •

وان كانت الجراحة جائفـة أو كسر عظم لم يجب القصـاص فيها ؛ لأنه لا يمكن المماثلة فيها ويخاف فيها الحيف ؛ بل ان كانت فى موضع وصلت الى عظم ثم كسرت أو أجافت وجب القصاص فيهـا الى العظم ووجب الأرش فيما زاد •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واما الأطراف فيجب فيها القصاص فى كل ما ينتهى منها الى مفصل فتؤخذ العين بالعين لقوله تعالى« وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص » ولانه يمكن المماثلة فيها لانتهائها الى مفصل فوجب فيها القصاص ، ولا يجوز ان ياخذ صحيحة بقائمة لانه ياخذ اكثر من حقه ، ويجوز أن ياخذ دون حقه . وان اوضح راسه فذهب ضوء عينه ، فالمنصوص انه يجب فيه القصاص ، وقال فيمن قطع اصبع رجل فتآكل كفه انه لا قصاص فى الكف ، فنقل ابو اسحاق قوله فى الكف الى العين ولم ينقل قوله فى العين الى الكف ، فقال فى ضوء العين قولان (احدهما) لا يجب فيه القصاص لانه سراية فيما دون النفس فلم يجب فيه القصاص كما لو قطع أصبعه فتآكل الكف . (والثانى) يجب لأنه لا يمكن اتلافه بالمباشرة فوجب القصاص فيه بالسراية كالنفس .

. ومن اصحابنا من حمل المسئلتين على ظاهرهما فقال : يجب القصاص فى الضوء قولا واحداً ولا يجب فى الكف ، لأن الكف يمكن اتلافه بالمباشرة فلم يجب القصاص فيه بالسراية بخوف الضوء .

فصـــل ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى : « والجروح قصاص » ولانه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل فوجب فيه القصاص ويؤخذ جفن البصير بجفن الضرير وجفن الضرير بجفن البصير لانهما متساويان فى السلامة من النقص وعدم البصر نقص فى غيره .

فصـــل ويؤخذ الانف بالانف لقوله تعالى « والانف بالانف » ولا يجب القصاص فيه الا فى المارن لانه ينتهى الى مفصل ، ويؤخذ الشام بالأخشم ، والأخشم بالشام لانهما متساويان فى السلامة من النقص ، وعدم الشم نقص فى غيره ، ويؤخذ البعض بالبعض ، وهو ان يقدر ما قطعه بالجزء كالنصف والثلث ثم يقتص بالنصف والثلث من مارن الجانى ، ولا يؤخذ قدرة بالمساحة لانه قد يكون انف الجانى صغيراً وانف المجنى عليه كبيراً ، فاذا اعتبرت المماثلة بالمساحة قطعنا جميع المارن بالبعض ، وهذا لا يجوز . ويؤخذ المنخر بالمنخر والحاجز بين المنخرين بالحاجز ، لانه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل ، ولا يؤخذ مارن صحيح بمارن سقط بعضه بجذام او انخرام لانه ياخذ اكثر من حقه ، فان قطع من سقط بعض مارنه مارناً صحيحا فللمجنى عليه ان ياخذ الموجود وينتقل فى الباقى الى البدل لانه وجد بعض حقه وعدم البعض ، فاخذ الموجود وانتقل فى الباقى الى البدل وان قطع الانف من اصله اقتص من المارن لانه داخل فى الجناية يمكن القصاص فيه . وينتقل فى الباقى الى الحكومة لانه يمكن القصاص فيه فانتقل فيه الى البدل

الشرح قوله « بقائمة » وهى التى بياضها وسوادها صحيحان غير أن صاحبها لا يبصر ولعلها الواقفة ؛ من قولهم : قام زيد اذا وقف .

وقوله « المارن » أى مالان من الأنف وموصل الى القضيب ، والاخشم من الخشم أى أصيب بداء فى أنفه منعه الشم .

أما الأحكام فان الأطراف يجب فيها القصاص فى كل ما ينتهى منها الى مفصل فتؤخذ العين بالعين لقوله تعالى : (والعين بالعين) الآية ، ولأنها تنتهى الى مفصل .

اذا ثبت هذا فانه توجد العين الصحيحة بالعين الصحيحة والقائمة بالقائمة ، وهى التى ذهب ضوؤها وبقيت حدقتها - وهى التى انفصلت شبكيتها - وهو الطبقة المبطنة لكرة العين من أسفل أو التى انفصل أو ضمر العصب البصرى لها وهو الذى يتلقى المرئيات من الشبكية لنقلها الى المخ ، أو المياه الزرقاء التى تتكون فى العدسة الداخلية للعين ، أو ما شابه ذلك مما لا يظهر على شكل العين فتبدو كأنها مبصرة وليس فيها ابصار ، فانه لا تؤخذ صحيحة بقائمة ، وهى التى وصفناها طبقاً لعلم التشريح البصرى ان شاء الله . وذلك لأنه يأخذ أكثر من حقه ويجوز أن يأخذ القائمة بالصحيحة لأنه يأخذ أقل من حقه باختياره .

فـــرع اذا أوضح رأسه فذهب ضوء العين ، أى انفصلت الشبكية أو تهتك عصب الإبصار ؛ فالمنصوص أنه يجب القصاص فى الضوء .

وقال الشافعى رضى الله عنه فيمن قطع أصبع رجل فتآكل الكف وسقط : انه لا يجب عليه القصاص فى الكف . واختلف أصحابنا فى ضوء العين ؛ فنقل أبو اسحاق جوابه فى الكف الى العين ؛ وجعل فى ضوء العين قولين :

(أحدهما) أنه يجب فيه القصاص لأنه سراية فيما دون النفس فلم يجب فيه القصاص كالكف .

(والثانى) يجب فيه القصاص بالسراية كالنفس وقال أكثر أصحابنا : لا يجب القصاص فى الكف بالسراية قولا واحداً ؛ والفرق بينهما أن الكف يمكن اتلافه بالمباشرة فلم يجب فيه القصاص بالسراية ، والضوء لا يمكن اتلافه بالمباشرة بالجناية ، وانما يتلف بالجناية على غيره فوجب القصاص فيه بالسراية كالنفس •

فرع قال المصنف : ويؤخذ الجفن بالجفن لقوله تعالى « والجروح قصاص » وهذا صحيح لأنه ينتهى الى مفصل فيؤخذ جفن البصير بجفن الضرير وجفن الضرير بجفن البصير لأنهما متساويان فى السلامة ، وعدم البصر نقص فى غيره •

مسألة قوله تعالى : « والعين بالعين والأنف بالأنف » قرأ نافع وعاصم والأعمش وحمزة بالنصب فى جميعها على العطف ؛ ويجوز تخفيف (أن) ورفع الكل بالابتداء والعطف ؛ وقرأ ابن كثير وابن عامر وأبو عمرو وأبو جعفر بنصب الكل الا الجروح ؛ وكان الكسائى وأبو عبيد يقرآن « والعين بالعين » وهكذا بالرفع فيها كلها •

قال أبو عبيد حدثنا حجاج عن هرون عن عبد بن كثير عن عقيل عن الزهرى عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قرأ « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص » والرفع من ثلاث جهات بالابتداء والخبر وعلى معنى على موضع « أن النفس » لأن المعنى قلنا لهم « النفس بالنفس » •

والوجه الثالث قاله الزجاج يكون عطفاً على المضمر فى النفس ؛ لأن الضمير فى النفس فى موضع رفع لأن التقدير أن النفس هى مأخوذة بالنفس ؛ فالأسماء معطوفة على هى •

قال ابن المنذر : ومن قرأ بالرفع جعل ذلك ابتداء كلام حكم فى المسلمين، وهذا أصح القولين عند القرطبى فى جامعه ، وذلك أنها قراءة رسول الله صلى الله عليه وسلم والخطاب للمسلمين أمروا بهذا • ومن خص الجروح بالرفع

فعلى القطع مما قبلها والاستئناف بهـا ، كأن المسلمين أمروا بهذا خاصـة ، وما قبله لم يواجهوا به •

اذا ثبت هذا فان الأنف الكبير يؤخذ بالصغير والغليظ بالرقيق والاقنى بالافطس لأن الأطراف يجب القصاص فيها وان اختلفت بالصـغر والكبر • ولا يجب القصاص فى المارن وهو اللين •

وأما القصبة فلا يجب فيها القصاص لأنها عظم ؛ ويؤخذ أنف الشـام بأنف الأخشم ، وأنف الأخشم بأنف الشـام ، لأن الخشم ليس بنقص فى الأنف ، وانما هو لعلة فى الدماغ والأنفان يتساويان فى السـلامة ، ويؤخذ الأنف الصحيح بالأنف المجذوم ما لم يسقط بالجذام شىء منه ؛ لأن الطرف الصحيح يؤخذ بالطـرف العليل ، فان سقط من الأنف شىء لم يؤخـذ به الصحيح لأنه يأخذ أكثر من حقـه ؛ فان قطع من سقط بعض مارنه مارناً صحيحاً قطع جميع ما بقى من مارن الجانى وأخذ منه من الدية بقدر ما كان ذهب من مارنه ، فان قطع بعض مارن غيره نظر كم القدر الذى قطعـ فان كان نصف المارن أو ثلثه أو ربعه اقتص من مارنه نصفه أو ثلثه أو ربعـه ، ولا يقدر بالمساحة بالطول والعرض كما قلنا فى الموضحة ؛ لأنه قـد يكون أنف الجانى صغيراً وأنف المجنى عليه كبيراً ، فلو قلنا يقطع من أنف الجانى قدر ما قطع من أنف المجنى عليه بالمساحة طولا وعرضا لم يأمن أن يقطـع جميع أنفه ببعض أنف المجنى عليه ؛ ويؤخذ المنخر بالمنخر ، والحاجز بينهما بالحاجز ؛ فان قطع المـارن والقصبة اقتص من المـارن وأخذ الحكومة فى القصبة لأنه لا يمكن القصاص فيها •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وتؤخذ الاذن بالاذن لقوله عز وجل « والاذن بالاذن » ولانه يمكن استيفاء القصاص فيه لانتهائه الى حد فاصل ، وتؤخذ اذن السميع باذن الأصم ، واذن الأصم باذن السميع ، لانهما متساويان فى السلامة من النقص ، وعدم السمع نقص فى غيره • ويؤخذ الصحيح بالمثقوب ، والمثقوب بالصحيح ، لأن الثقب ليس بنقص ، وانما تثقب للزينـة • ويؤخـذ البعض بالبعض على ما ذكرناه فى الانف ، ولا يؤخذ صحيح بمخزوم ، لانه اكثر من حقه ، ويؤخذ

المخزوم بالصحيح ، ويؤخذ معه من الدية بقدر ما سقط منه لما ذكرناه فى الانف .

وهل يؤخذ غير المستحشف بالمستحشف ؟ فيه قولان (احدهما) انه لا يؤخذ كما لا تؤخذ اليد الصحيحة بالشلاء .

(والثانى) يؤخذ لأنهما متساويان فى المنفعة ، بخلاف اليد الشلاء فانها لا تساوى الصحيح فى المنفعة ، فان قطع بعض أذنه والصقه المقطوع فالتصق لم يجب القصاص ، لأنه لا يمكن المماثلة فيما قطع منه ، وان قطع اذنه حتى جعلها معلقة على خده وجب القصاص ، لأن المماثلة فيه ممكنة بان يقطع أذنه حتى تصير معلقة على خده ، وان أبان اذنه فاخذه المقطوع والصقه فالتصق لم يسقط القصاص لأن القصاص يجب بالابانة ، وما حصل من الالصاق لا حكم له لأنه يجب ازالته ولا تجوز الصلاة معه . وان قطع اذنه فاقتص منه واخذ الجانى اذنه فالصقه فالتصق لم يكن للمجنى عليه أن يطالبة بقطعة ، لأنة اقتص منه بالابانة ، وما فعله من الالصاق لا حكم له لانه يستحق ازالته للصلاة ، وذلك الى السلطان وان قطع اذنه فقطع المجنى عليه بعض اذن الجانى فالصقه الجانى فالتصق فللمجنى عليه أن يعود فيقطعه لأنه يستحق الابانة ولم يوجد ذلك . وان جنى على رأسه فذهب عقله او على انفه فذهب شمه او على اذنه فذهب سمعه لم يجب القصاص فى العقل والشم والسمع ، لأن هذه المعانى فى غير محل الجناية فلم يمكن القصاص فيها .

فصل

وتؤخذ الشفة بالشفة وهو ما بين الذقن والخدين علوا وسفلا ومن اصحابنا من قال : لا يجب فيه القصاص لأنه قطع لحم لا ينتهى الى عظم فلم يجب فيه القصاص كالبالغة والمتلاحمة والصحيح هو الأول لقوله تعالى ((والجروح قصاص)) ولأنه ينتهى الى حد معلوم يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص) .

الشرح

الصمم فقدان السمع بسبب من الأسباب الآتية :

١ ـ انسداد القناة السمعية وهى المدخل الظاهرى فى فتحة الأذن .

٢ ـ تهتك الغشاء الرقيق المسمى (الطبلة) وهو الذى يستقبل الذبذبات الصوتية الداخلة من القناة السمعية فينقلها بدوره الى ثلاث عظيمات فى الصماخ وهذه العظيمات (بالتصغير لصغرها ودقتها) تكبر

الصوت بالذبذبات التى تحدث عن طريق تحرك هـذه العظيمات عند اصطدام الذبذبات الصوتية بها .

٣ ـ توقف العظيمات عن الحركة .

٤ ـ انفصال العصب السمعى أو تيبسه أو تهتكه ، وهو الذى يأخذ الصوت من مكبر الصوت (العظيمات) لينقله الى المخ . والاخرم المثقوب الأذن ، وقد انخرم ثقبه أى انشق ، والمستحشف المنقبض اليابس ، ماخوذ من حشف التمر وأول الشجاج الحارصة ، سميت حارصة لأنها تشق الجلد ، يقال حرص القصار الثوب اذا شقه ، وحرص المطر الأرض اذا قشرها . والباضعة التى تقطع الجلد وتشق اللحم وتدمى ، من بضعت اللحم اذا قطعته قطعا صغارا ، والبضعة القطعة وقد سقناها آنفا فى عشرة أنواع وفيها المتلاحمة والسمحاق والهاشمة . أما الاندمال فهو برء الجرح . يقال اندمل الجرح اذا تماثل ، وأصله الإصلاح ، ودملت بين القوم أصلحت ، ودملت الأرض بالسرجين أصلحتها .

اما الأحكام فانه يجب القصاص فى الأذن لقوله تعالى « والأذن بالأذن » ويؤخذ منها الكبير بالصغير وبالعكس لما ذكرناه فى الأنف ، ويؤخذ المثقوب بالصحيح وبالعكس ، والأصم بالسميع وبالعكس ؛ وان قطع من كان أذنه مخرومة أذنا صحيحة اقتص منه المجنى عليه فى المخرومة وأخذ من دية أذنه بقدر ما انخرم من أذن الجانى ؛ وتؤخذ الأذن المستحشفة وهى الأذن اليابسة بالأذن الصحيحة لأنه يأخذ أنقص من حقه باختياره ؛ وهل تؤخذ الأذن الصحيحة بالأذن المستحشفة ؟ فيه قولان .

(أحدهما) لا يؤخذ بها كما لا يجوز أخذ اليد الصحيحة باليد الشلاء .

(والثانى) تؤخذ بها لأن الأذن المستحشفة تساوى الأذن الصحيحة فى المنفعة فأخذت الصحيحة بها بخلاف اليد الشلاء فانها لا تساوى الصحيحة فى المنفعة .

فــــرع وان قطع بعض أذنه اقتص منه ؛ ويقــدر ذلك بالجزء كالنصف والثلث والربع ، ولا يقدر بالمساحة بالطول والعرض لما ذكرناه فى الأنف • وحكى ابن الصباغ عن القاضى أبى الطيب أنه لا يثبت القصاص فى بعض الأذن والأول أصح لأنه يمكنه القصاص فيها •

وقول المصنف هنــا : اذا قطع بعض أذنه وألصــقه فالتصــق لم يجب القصاص لأنه لا يمكن المماثلة فيما قطع منه • ولعله أراد اذا اندمل القطع بنحو خياطة طبية فاختفى القطع •

وان قطع أذنه حتى جعلها معلقة فله أن يقطع كذلك لأن المماثلة ممكنة • وان قطع أذنه وأبانها فأخذها المجنى عليه فألصقها فالتصقت لم يكن للمجنى عليه أن يطالبه بازالتها ؛ لأنه قد استوفى حقه ؛ والإزالة الى السلطان ؛ وان قطع أذنه وأبانها وقطع المجنى عليه بعض أذن الجانى فألصقه الجانى فالتصق فللمجنى عليه أن يعود ويقطعه ؛ لأن حقه الإبانة ولم يوجد • وان جنى على رأسه فذهب عقله أو شمه أو سمعه أو ذوقه أو نكاحه أو انزاله لم يجب القصاص ، لأن هذه الأشياء ليست فى موضع الجناية فيمكن القصاص فيها •

مســـألة يجب فى الشفتين القصاص ؛ ومن أصحابنا من قال : لا قصاص فيهما لأنه قطع لحما من لحم غير منفصل ، والأول هو المنصوص لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأن الشفتين هما اللحم الجافى من لحم الذقن والشدق ، مستدير على الفم طولا وعرضا ، وطولهما ما تجافى عن لحم الذقن الى أصل الأنف وذلك من لحم له حد معلوم فوجب القصاص فيه •

واختلف أصحابنا فى القصاص فى اللسان ، فمنهم من قال : يجب القصاص فى جميعها وفى بعضها ، لأنه له حداً ينتهى اليه فهو كالأنف والأذن • وقال أبو اسحاق : لا قصاص فيه ، واليه ذهب بعض أصحاب ابى حنيفة ، واختاره ابن الصباغ ، وأما المصنف فذكر أن القصاص يثبت فى جميعها على وجهين•

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويؤخذ السن بالسن لقوله تعالى (والســن بالســن) ولما رويناه فى اول الباب فى حديث الربيـع بنت النضر بن انس ، ولانه محدود فى نفسه يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص ، ولا يؤخذ سن صحيح بسن مكسور لأنه ياخذ اكثر من حقه ، ويؤخذ المكسور بالصحيح ، ويؤخذ معــه من الدية بقدر ما انكسر منه لما ذكرناه فى الانف والاذن ويؤخذ الزند اذا اتفق محلهما لانهما متساويان ، وان قلع سنا زائدة وليس للجانى مثلها وجبت عليه الحكومى لانه تعذر المثل فوجب البدل ، وان كان له مثلها فى غير موضع المقلوع لم يؤخذ كما لا يؤخذ سن اصلى بســن اخرى . وان كسر نصف سنه وامكن ان يقتص منه نصف سنه اقتص منه ، فان لم يمكن وجب بقـــدره من دية السن ، وان وجب له القصاص فى السن فاقتص ثم نبت له مكانه سن آخر ففيه قولان :

(احدهما) ان النابت هو المقلوع من جهة الحكى لانه مثله فى محله فصــار كما لو قلع سن صغير ثم نبت فعلى هذا يجب على المجنى عليه دية سن الجانى لانه قلع سنه بغير سن .

(ولقول الثانى) : ان النابت هبه مجددة لأن الغالب انه لا يستخلف فعلى هذا وقع القصاص موقعه ولا يجب عليه شىء للجانى ، وان قلع سن رجــل فاقتص منه ثم نبت للجانى سن فى مكان السن الذى اقتص منه . فان قلنــا ان النابت هبة مجددة لم يكن للمجنى عليه قلعه لانه استوفى ما كان له . وان قلنا : ان النابت هو المقلوع من جهة الحكم فهل يجوز للمجنى عليه قلعه ، فيــه وجهان .

(احدهما) ان له ان يقلعه ولو نبت الف مرة ، لانه اعدمه السن فاستحق ان يعدم سنه .

(والثانى) ليس له قلعه لانه يجوز ان يكون هبة مجددة ويجوز ان يكون هو المقلوع فلم يجز قلعه مع الشك .

فصـــل ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى (والجروح قصــاص) ولان له حداً ينتهى اليه فاقتص فيه فلا يؤخذ لسان الناطق بلســان الاخرس لانه ياخذ اكثر من حقه ، وياخذ لسان الاخرس بلسان الناطق لانه ياخذ بعض حقه وان قطع نصف لسانه او ثلثه اقتص من لسان الجانى فى نصفه او ثلثه

وقال أبو اسحاق لا يقتص منه لانه لا يامن ان يجاوز القدر المستحق ، والمذهب انة يقتص منة للآية ولأنة اذا أمكن القصاص فى جميعة أمكن فى بعضة) .

الشرح حديث الربيع بنت النضر مضى تخريجه فى فصل قبله .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : وان قلع سن من اثغر قلع سنه ، وان كان المقلوع سنه لم يثغر أوقف حتى يثغر .

وجملة ذلك أن القصاص يجب فى السن لقوله تعالى « والسن بالسن » ولما روى أن الربيع كسرت سن جارية فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بكسر سنها « فقال أنس بن النضر أتكسر سن الربيع لا لا والله لا تكسر . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم القصاص فعفا الانصارى فقال رسول الله : ان من عباد الله من لو أقسم على الله لأبره » .

اذا ثبت هذا فانه يقال للصبى اذا سقطت رواضعه ؛ وهى الأسنان التى تنبت له وقت رضاعه ثغر فهو مثغور ، فاذا نبت له مكانها قيل له اثغر وأثغر لغتان . هكذا أفاده العمرانى .

وقال الفيومى : والثغر المبسم ثم أطلق على الثيايا ، واذا كسر ثغر الصبى قيل : ثغر ثغورا بالتناء للمفعول ، وثغرته أثغره من باب نفع كسرته ، واذا نبتت بعد السقوط قيل أثغر اثغارا مثل أكرم اكراما ، واذا ألقى أسنانه قيل أثغر على افتعل .

وقال فى كفاية المتحفظ : اذا سقطت أسنان الصبى قيل ثغر ، فاذا نبتت قيل أثغر واتغر بالتاء والثاء مع التشديد .

فاذا قلع سن غيره فلا يخلو المقلوع اما أن يكون لم يثغر أو كان قد ثغر ؛ فان كان لم يثغر فان القصاص لا يجب على الجانى فى الحال ، لأن العادة جرت أن سن من لم يثغر تعود اذا قلعت ؛ وما كان يعود اذا قلع لا يجب فيه القصاص كالشعر ويسأل الأطباء كم المدة التى تعود هذه السن فى مثلها ، وينتظر الى تلك المدة ، فاذا جاءت تلك المدة ولم يعد السن وجب

على الجاني القصاص . لأنه قد أيس من عودها . فان نبتت للمجنى عليه سن مكانها فى تلك المدة أو أقل منها — فان كانت الثانية مثل الأوله من غير زيادة ولا نقصان لم يجب على الجاني قصاص ولا دية . وهل يجب عليه حكومه الجراح الذى حصل بقلعه ؟ ينظر فيه ، فان جرح موضعا آخر غير الموضع الذى فيه السن بالقلع وجبت عليه فيه الحكومة ؛ وان لم يجرح الا الموضع الذى قلع منه السن ففيه وجهان .

(أحدهما) يجب عليه الحكومة ؛ لأنه لما قلع السن أدمى ، فاذا أدمى وجبت فيه الحكومة .

(والثانى) لا تجب عليه الحكومة ؛ لأن الحكومة انما تجب اذا جرح وأدمى فأما اذا أدمى من غير جرح فلا حكومة عليه ؛ كما لو لطمه فرعف ، فانه لا تجب عليه لخروج الدم بالرعاف حكومة . وان كانت السن التى نبتت مكان المقلوعة أنقص من التى تليها وجب على الجانى من ديتها بقدر ما نقص منها لأن الظاهر أنها نقصت لجنايته .

وان كانت السن التى نبتت أزيد من التى قبلها ففيه وجهان : من أصحابنا من قال : لا يجب على الجاني شين ، لأن الزيادة لا تكون من الجناية . وقال المصنف يلزمه حكومة الشين الحاصل بالزيادة كما يلزمه الشين الحاصل بالنقصان ، لأن الظاهر أن ذلك من جنايته .

وان كانت النابتة خارجة من صف الأسنان ؛ فان كانت بحيث لا ينتفع بها وجبت عليه حكومة بالشين الحاصل بها ؛ وان نبت له سن صغير أو خضراء أو سوداء — وكانت المقلوعة بيضاء — وجب على الجانى للشين الحاصل باللون ؛ وان مات المجنى عليه بعد مضى المدة التى يرجى فيها عود السن قبل أن يعود ؛ فلوليه أن يقتص من الجانى ؛ لأنه مات بعد استقرار القصاص .

وهل تجب له دية سن ؟ حكى الشيخ أبو اسحاق فيها قولين ، وحكاهما الشيخ ابو حامد وابن الصباغ وجهين .

(أحدهما) تجب دية السن ؛ لأنه قلع سناً لم تعد . والأصل عدم العود .
(والثانى) لا يجب لأن الغالب أنها قد كانت تعود ، وانما قطعهـا الموت ؛
وأما اذا قلع سن من ثغر ـ فان قال الأطبـاء : انها لا تعـود ـ وجب له
القصاص فى الحال ؛ وان قالوا انها تعود الى مدة فهل له القصاص قبل مضى
تلك المدة ؟ فيه وجهان بناء على أنه هل يسقط القصاص أو الدية اذا عاد
سنه فيه قولان . فان قلنا : يسقط ينتظر والا فلا .

وقال الشيخ أبو حامد : ليس له أن يقتص قبل مضى تلك المدة كما قلنا
فيمن قلع سن صبى لم يثغر . وقال ابن الصباغ : له أن يقتص بكل حال ؛
أو اقتص منه بعد الإياس من عودها ثم نبتت للمجنى عليه سن فى موضـع
السن المقلوع ففيه قولان (أحدهما) أن هذا السن من نبات السن المقلوع
من هذا الموضع ؛ لأن مثله فى موضعه فصار كما تنتف شعره ثم نبت كما لو
قلع سن صبى لم يثغر ثم نبت مكانه سن ، وكما لو لطم عينه فذهب ضوؤها
ثم عاد ، فعلى هذا لا يجب على المجنى عليه القصاص للجانى فى السن التى
اقتص منه بها لأنه قلعها ، وكان يجوز له قلعها ، وانمـا يجب عليه دية سن
الجانى وان كان المجنى عليه عفا عن القصاص وأخذ دية سنه وجب عليه رد
الدية الى الجانى .

والقول الثانى أن السن النابت هبة مجددة من الله تعالى للمجنى عليه ؛
لأن العادة أن سن من ثغر اذا قلعت لا تعود ، فاذا عادت علمنا أن ذلك هبة
من الله له ، فعلى هذا ان كان المجنى عليه قد اقتضى من الجانى أو أخذ منه
الأرش فقد وقع ما فعله موقعه ولا شىء عليه للجـانى . وان قلع سن رجل
فقلع المجنى عليه سن الجانى ثم نبت للجانى سن مكان سنه الذى اقتص منه
ولم تعد للمجنى عليه مثلها ـ فان قلنا ان النابت هبة من الله مجددة ـ فلا
شىء للمجنى عليه ؛ وان قلنا ان النابت هو من الأول ففيه وجهان .

(أحدهما) أن للمجنى عليه أن يقلعه ؛ ولو نبت مراراً ؛ لأنه أعدم سنه
فاستحق أن يعدم سنه .

(والثانى) ليس له أن يقلع سنه لأنه يجـوز أن يكون من المقلوع

ويجوز آن يكون هبة مجددة ، وذلك شبهة فسقط بها القصاص ، فعلى هذا للمجنى عليه دية سن على الجانى . فان خالف المجنى عليه وقلع هذا السن للجانى وجب عليه ديتها ويتقاصان ، وان قلع سنه فاقتص منه فعاد للمجنى عليه سن مكان سنه ولم يعد للجانى ثم عاد الجانى فقلعها وجب عليه ديتها لأنه ليس له مثلها ؛ فان قلنا انه من الأول فقد قلنا ان على المجنى عليه دية سن الجانى فيتقاصان . وان قلنا ان النابت هبة مجددة فلا شئ على المجنى عليه للجانى .

هذا ويؤخذ السن الكبير بالصغير والصغير بالكبير كما قلنا فى الأنف والأذن ولا يأخذ سن صحيح بمكسور لأنه يأخذ أكثر من حقه ؛ ويؤخذ المكسور بالصحيح ؛ لأنه أنقص منه ؛ ويأخذ من دية سنه بقدر ما ذهب من سن الجانى وان كسر بعض سنه من نصفها أو ربعها فهل يجب بها القصاص؟ اختلف الشيخان ، فقال الشيخ أبو اسحاق ان أمكن أن يقتص اقتص ،وان لم يمكن لم يقتص وقال الشيخ أبو حامد لا يقتص منه لأن القصاص بالكسر لا يجب باتفاق الأمة وما روى فى خبر الربيع أنها كسرت ثنية جارية فقال النبى صلى الله عليه وسلم : تكسر ثنيتها ، أراد بالكسر القلع لا الكسر من بعضها .

فــرع وان قلع لرجل سناً زائداً وللجانى سن زائد فى ذلك الموضع يساوى السن الذى قلع وجب فيها القصاص لأنهما متساويان ؛ وان لم يكن للجانى سن زائد لم يجب عليه القصاص ، لأنه ليس له مثلها ؛ وان كان له سن زائد فى غير ذلك الموضع لم يجب فيه القصاص لأنه ليس مثلها .
وان كان له سن زائد فى ذلك الموضع الا انه اكبر من سن المجنى عليه ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أكثر أصحابنا لا يجب فيها القصاص ؛ لأن القصاص فى العضو الزائد انما يجب بالاجتهاد ؛ فاذا كانت سن الجانى أزيد كانت حكومتها أكثر فلم يجب قلعها بالتى هى أنقص منها ؛ بخلاف السن الأصلية فان القصاص يثبت بالنص فلا يعتبر فيها التساوى ؛ والثانى حكاه

ابن الصباغ عن الشيخ أبى حامد واختاره أنه يجب فيهما القصاص ؛ لأن ما ثبت بالاجتهاد يجب اعتباره بما ثبت بالنص ؛ والأول هو المنصوص .

مسألة ويؤخذ اللسان باللسان لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأن له حداً ينتهى اليه فاقتص منه كالعين ؛ ولا نعلم فى هذا خلافاً ؛ ولا يؤخذ لسان ناطق بلسان أخرس لأنه أفضل منه ، ويؤخذ الأخرس بالناطق لأنه بعض حقه ويؤخذ بعض اللسان ببعض لانه أمكن القصاص فى جميعه فأمكن فى بعضه كالسن ويقدر ذلك بالأجزاء ويؤخذ منه بالحساب . هذا وتؤخذ الشفة بالشفة ؛ وهى ما جاوز الذقن والخدين علواً وسفلا ؛ لقول الله تعالى « والجروح قصاص » ولأن له حداً ينتهى اليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وتؤخذ اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالاصابع والانامل بالانامل لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولان لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف فوجب فيها القصاص ، وان قطع يده من الكوع اقتص منه لانه مفصل ، وان قطع من نصف الساعد فله أن يقتص من الكوع لأنه داخل فى جناية يمكن القصاص فيها ويأخذ الحكومة فى الباقى لأنه كسر عظم لا تمكن المماثلة فيه فانتقل فيه الى البدل . وان قطع من المرفق فله ان يقتص منه لأنه مفصل ، وان اراد ان يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فى الباقى لم يكن له ذلك لأنه يمكنه أن يستوفى جميع حقه بالقصاص فى محل الجناية فلا يجوز أن يأخذ القصاص فى غيره ، وان قطع يده من نصف العضد فله ان يقتص من المرفق ويأخذ الحكومة فى الباقى وله أن يقتص فى الكوع ويأخذ الحكومة فى الباقى لأن الجميع مفصل داخل فى الجناية ويخالف اذا قطعها من المرفق واراد أن يقتص من الكوع لأن هناك يمكنه ان يقتص فى الجميع فى محل الجناية وههنا لا يمكنه ان يقتص فى موضع الجناية .

وان قطع يده من الكتف وقال اهل الخبرة : انه يمكنه ان يقتص منه من غير جائفة اقتص منه لأنه مفصل يمكن القصاص فيه من غير حيف ، وان اراد أن يقتص من المرفق او الكوع لم يجز لأنه يمكنه ان يقتص من محل الجناية فلا يجوز أن يقتص فى غيره .

وان قال اهل الخبرة انه يخاف ان يحصل به جائفــة لم يجز ان يقتص فيه ، لأنه لا يامن ان ياخذ زيادة على حقه ، وله ان يقتص فى المرفق وياخذ الحكومة فى الباقى ، وله ان يقتص فى الكوع وياخذ الحكومة فى الباقى لما ذكرناه ، وحكم الرجل فى القصاص من مفاصلها من القدم والركبة والورك ، وما يجب فيما بينهما من الحكومات حكم اليد وقد بيناه •

فصـــــل ولا تؤخذ يد صحيحة بيد شلاء ، ولا رجل صحيحة برجــل شلاء لأنه ياخذ فوق حقه ، وان اراد المجنى عليه أن ياخذ الشلاء بالصحيحة نظرت فان قال اهل الخبرة انه ان قطع لم تنسد العروق ودخل الهواء الى البدن وخيف عليه لم يجز ان يقتص منه ، لأنه ياخذ نفساً بطرف •

وان قالوا : لا يخاف عليه فله أن يقتص لأنه لا ياخذ دون حقة ، فان طلب مع القصاص الأرش لنقص الشلل لم يكن له ، لأن الشلاء كالصحيحة فى الخلقة، وانما تنقص عنها فى الصفة فلم يؤخذ الأرش للنقص مع القصاص ، كما لا ياخذ ولى المسلم من الذمى مع القصاص ارشا لنقص الكفر •

وفى اخذ الاشل بالاشل وجهان :

احدهما : انه يجوز لانهما متساويان •

والثانى : لا يجوز ، وهو قول ابى اسحاق ، لأن الشلل علة والعلل يختلف تاثيرها فى البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما) •

الشرح تقطع اليد باليد والرجل بالرجل والأصابع بالأصــابع والأنامل بالأنامل لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأن لها مفاصل يمكن القصاص فيها من غير حيف •

اذا ثبت هذا فان قطع أصابعه من مفاصلها فله أن يقتص • وان قطع يده من وسط الكف فليس له أن يقتص من وسط الكف لأن كسر العظم لا يثبت فيه القصاص لإجمــاع الأمة ، فان أراد أن يقتص من الأصابع من أصولها كان له ذلك لأن الأصابع يمكن القصاص فيها •

فان قيل فكيف يضع السكين فى غير الموضع الذى وضعه الجانى عليه ؟ قلنا لأنه لا يمكن وضعها فى الموضع الذى وضعها الجانى فيه ، فاذا اقتص من الأصابع فهل له أن يأخذ حكومة فيما زاد على الأصابع من الكف ؟ فيــه

وجهـــان ياتى بيانهما وان قطـع يده من الـكوع كان له ان يقتص من ذلك الموضع لأنه مفصل ، وان قطع يده من بعض الذراع فليس له أن يقتص من بعض الذراع لأنه كسر عظم وان أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد عليه كان له ذلك لأنه داخل فى الجناية يمكن القصاص فيه ؛ واذ قطـع يده من المرفق فله أن يقتص من المرفق فان أراد أن يقتص من المرفق ويأخذ الحكومة فيما زاد كان له ذلك .

وان أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو اسحاق : له ذلك ، لأن الجميع مفصل داخل فى الجناية .

وقال ابن الصباغ فى الشامل والطبرى فى العدة : ليس له لأنه يمكنه أن يقطع من المرفق ؛ ومتى أمكنه استيفاء حقه قصاصا لم يكن له أن يستوفى بعضه قصاصا وبعضه أرشا ؛ كما لو قطع يده من الكوع وأراد أن يقتص من الأصابع ويأخذ الحكومة فيما زاد فليس له ذلك لأنه يمكنه استيفاء حقه قصاصا .

وان قالا انه يخاف من الاقتصاص الجائفة [1] لم يكن له أن يقتص من الكتف لأنه لا يؤمن أن يأخذ زيادة على حقه ؛ فان أراد أن يقتص من المرفق ويأخذ الحكومة فيما زاد كان له ذلك ؛ وان أراد أن يقتص من الكوع ويأخذ الحكومة فيما زاد على ذلك فقال الشيخ أبو اسحاق له ذلك . وعلى ما قال ابن الصباغ اذا قطع يده من بعض العضو وأراد أن يقتص من المرفق ليس له أن يقتص ههنا من الكوع لأنه يمكن استيفاء حقه قصاصاً من المرفق ، ومتى أمكنه أن يأخذ حقه قصاصاً فليس له أن يستوفى بعضه قصاصا

---

(١) قال فى اللسان . وفى الحديث « فى الجائفة ثلث الدية » هى الطعنة التى تنفذ الى الجوف ، يقال جفته اذا اصبت جوفه وأجفته الطعنة وجفته بها . وقال ابن الأثير . والمراد بالجوف ههنا كل ما له قوة محيلة كالبطن والدماغ .

وبعضه أرشا ؛ وحكم الرجل اذا قطعت أصابعها أو من مفصل القدم أو الركبة أو الورك أو ما بين ذلك حكم اليد في القصاص على ما مضى •

فــرع قال الشافعي رضي الله عنه : اذا قطع يده من المفصل فتعلقت بالجلد وجب القصاص فتقطع الى أن تبقى معلقة بمثل ذلك ؛ ويسئل أهل الطب ، فان قالوا المصلحة في قطعها قطعناها ؛ وان قالوا المصلحة في تركها تركناها •

مسـألة اذا قطع من له يد صحيحة يداً شلاء لم يكن للمجنى عليه أن يقتص بل له الحكومة •

وقال داود بن علي : له أن يقتص • دليلنا أن اليد الشلاء لا منفعة فيها ، وانما فيها مجرد جمال فلا يأخذ بها يداً فيها منفعة ، وان قطع من له يد شلاء يداً صحيحة فاختار المجنى عليه أن يقطع الشلاء بالصحيحة • قال الشافعي رضي الله عنه : القصاص وقال أصحابنا : يرجع الى عدلين من المسلمين من أهل الخبرة ؛ فان قالا : اذا قطعت هذه الشلاء لم يخف أكثر مما يخاف عليه اذا قطعت لو كانت صحيحة فللمجنى عليه أن يقتص ، وان قالا : يخاف عليه أكثر من ذلك بأن تبقى أفواه العروق منتفخة فتتخللها الجراثيم فيحدث من جراء ذلك تسمم كامل فتتلف النفس لم يكن له أن يقتص لأنه أخذ نفس بيد ؛ وهذا لا يجوز • وهل يجوز أخذ اليد الشلاء باليد الشلاء ؟ والرجل الشلاء بالرجل الشلاء ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) يجوز لأنهما متماثلان (والثاني) لا يجوز لأن الشلل علة ؛ والعلل يختلف تأثيرها في البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما ولا يتصور الوجهان ذا قال أهل الخبرة انه لا يخاف على الجاني ؛ واتخذ الأطباء أسباب الوقاية من تلوث الدم أو حدوث نزيف فيه يفضي الى وقف القلب عن النبض ؛ فاذا لم يمكن الاحتياط وخيف على الجاني فلا يجوز القصاص وجهاً واحداً على ما مضى في أخذ الشلاء بالصحيحة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل ولا تؤخذ يد كاملة الأصابع بيد ناقصة الأصابع ، فان قطع من له خمس اصابع كف من له اربع اصابع ، او قطع من له ست اصابع كف من له خمس أصابع ، لم يكن للمجنى عليه أن يقتص منه لأنه ياخذ اكثر من حقه وله ان يقطع من أصابع الجانى مثل أصابعه لأنها داخلة فى الجناية ويمكن استيفاء القصاص فيها . وهل يدخل ارش ما تحت الأصابع من الكف فى القصاص ؟ فيه وجهان (احدهما) يدخل كما يدخل فى ديتها (والثـــانى) وهو قول ابى اسحاق انه لا يدخل بل ياخذ مع القصاص الحكومة لما تحتها ، والفـــرق بين القصاص والدية ان الكف يتبع الأصابع فى الدية ولا يتبعها فى القصاص ، ولهذا لو قطع اصابعه وتآكل منها الكف واختار الدية لم يلزمه اكثر مـــن دية الأصابع ، ولو طلب القصاص قطع الاصابع واخذ الحكومة فى الكف ، وتؤخذ يد ناقصة الأصابع بيد كاملة الأصابع ، فان قطع من له اربع اصابع كف من له خمس اصـــابع ، او قطع من له خمس اصـــابع كف من له ست اصـــــابع فالمجنى عليه أن يقتص من الكف وياخذ دية الأصبع الخامسة او الحكومة فى الأصـــبع السادسة لانه وجد بعض حقه وعدم البعض ، فاخذ الموجود وانتقل فى المعدوم الى البدل ، كما لو قطع عضوين ووجد احدهما .

فصـــــل ولا يؤخــذ اصــلى بزائد ، فان قطــع من له خمس اصــابع اصلية كف من له اربع اصابع اصلية واصبع زائدة لم يكن للمجنى عليه أن يقتص من الكف لانه ياخذ اكثر من حقه ، ويجوز ان يقتص من الأصابع الأصلية لانها داخلة فى الجناية ، وياخذ الحكومة فى الاصبع الزائدة وما تحت الزائدة مـــن الكف يدخل فى حكومتها . وهل يدخل ما تحت الاصابع التى اقتص منها فى قصاصها ؟ على الوجهين ،، ويجوز ان ياخذ الزائد بالاصلى ، فان قطع من له اربع اصابع اصلية واصبع زائدة كف من له خمس اصابع اصلية ، فللمجنى عليه ان يقتص من الكف لانه دون حقه ولا شىء له لنقصان الاصبع الزائدة ، لان الزائدة كالأصلية فى الخلقة . وان كان لكل واحد منهما اصبع زائدة نظرت فان لم يختلف محلهما اخذ احداهما بالاخرى لانهما متساويان . وان اختلف محلهما لم تؤخذ احداهما بالاخرى لانهما مختلفان فى اصل الخلقة) .

الشرح اذا كان لرجل يد لها ست أصابع فقطع كف رجل لها خمس أصابع نظرت فى الأصبع الزائدة للجانى ؛ فان كانت خارجة عن عظم الكف كان للمجنى أن يقتص من كف الجانى ، لأنه يمكنه أن يأخذ مثـــل كفه من غير أن يتناول االزءدة وان كانت ثابتة على الكف أو ملتزقة باحدى

الأصابع أو على احدى أصابع اليد لم يكن له أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه فيكون المجنى بالخيار بين أن يأخذ دية يده وبين أن يقتص من الأصابع الخمس اذا كانت الزائدة على ست الأصابع غير ملتزقة بواحدة منهن ولا ثابتة على احداهن ؛ فاذا اقتص منها فهل يتبعها ما تحتها من الكف فى القصاص ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) يتبعها كما يتبعها فى ديتها •

(والثانى) لا يتبعها ، بل يأخذ مع القصاص الحكومة ، لأن الكف تتبع الأصابع فى الدية ، ولا تتبعها فى القصاص ، ولهذا لو قطع أصابعه فتآكل منها الكف واختار الدية لم يلزمه اكثر من دية الأصابع • ولو طلب القصاص قطعت الأصابع وأخذ الحكومة فى الكف • وان كانت الأصبع الزائدة ثابتة على أنملة من الأصابع الخمس ، فليس للمجنى عليه أن يقتص من الكف ، وله أن يقتص من الأصابع التى ليس عليها الزائدة •

وأما الأصبع التى عليها الزائدة ــ فان كانت على الأنملة العليا لم يكن له أن يقتص منها ؛ وان كانت على الوسطى فله أن يقتص من الأنملة العليا ؛ ويجب له ثلثا دية اصبع ، وان كانت على الأنملة السفلى فله ان يقتص من الأنملتين العلويتين وله ثلث دية أصبع ويتبعها ما تحتهـا من الكف ، وهل يتبع ما تحت الأصابع الأربع ما تحتها من الكف فى القصاص ؟ على الوجهين

وان قطع من له خمس أصابع كف يد لهـا أربع أصابع لم يكن له أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه ؛ وله أن يقتص من أصابع الجـانى الأربع المماثلة لأصابعه المقطوعة ؛ وهل يتبعهـا ما تحتهـا من الكف فى القصاص ؟ أو يجب له مع ذلك حكومة ؟ على الوجهين •

فـــرع اذا كان لرجل كف فيه خمس أصابع أصلية فقطع كف يد فيه أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة ، وانما يحكم بأنها زائدة اذا كانت مائلة عن بقية الأصابع ضعيفة ، فليس للمجنى عليه أن يقتص من كف الجانى لأنه ليس له أن يأخذ أكمل من يده ؛ فان اختار الأرش كان له دية الأربع

الأصابع الأصلية وحكومة فى الزائدة وان أراد أن يقتص من الأربع الأصابع الأصلية كان له ذلك ويأخذ مع ذلك حكومة فى الزائدة ويتبعها ما تحته من الكف فى الحكومة وهل يتبع ما تحت الأصابع الأصلية ما تحتها من الكف فى القصاص ؟ أو يجب له فيه حكومة ؟ على الوجهين • وان قطع كفاً له خمس أصابع أصلية ويد القاطع لها أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة فان اختار المجنى عليه أن يقطع كف الجانى كان له ذلك ؛ لأنه أنقص من كفه •

قال المزنى فى جامعه : انما يجوز له ذلك اذا كانت الزائدة فى محل الأصلية • فأما اذا كانت فى غير محلها فليس له أخذها وهذا صحيح وكذلك اذا كانت الزائدة أكثر أنامل لم يؤخذ بالأصلية • وان قطع يداً وعليها أصبع زائدة وللقاطع يد عليها أصبع زائدة فان اتفق محل الزائدتين وقدرهما كان للمجنى عليه أن يقتص من الكف لتساويهما ، وان اختلفا فى المحل لم يكن له أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكثر من حقه • وان كانت أقل أنامل كان له أن يقتص ويأخذ فى الزيادة الحكومة •

وبكل ما قلنا قال العلماء كافة الا ما ذكرناه من خلاف داود بن على •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان قطع من له يد صحيحة كف رجل له اصبعان شلاوان لم يقتص منه فى الكف لانه ياخذ كاملا بناقص ويجوز ان يقتص فى الاصـــابع الثلاث الصحيحة لانها مساوية لاصابعه وياخذ الحكومة فى الشلاوين لانه لا يجد ما ياخذ به ويدخل فى حكومة الشلاوين ارش ما تحتهما من الكف وهل يدخل ارش ما تحت الثلاثة فى قصاصها ؟ على الوجهين •

فصـــل ولا تؤخذ يد ذات اظفار بيد لا اظفار لها لان اليد بلا اظفار ناقصة فلا يؤخذ بها يد كاملة وتؤخذ يد لا اظفار لها بيد لها اظفار لانه يأخذ بعض حقه •

فصـــل فان قطع اصبع رجل فتاكل منه الكف وجب القصاص فى الاصبع ، لانه اتلفه بجناية عمد ، ولا يجب فى الكف ، لانه لم يتلفه بجنـاية عمد لان العمد فيه ان يباشره بالاتلاف ولم يوجـد ذلك ويجب عليه دية كل

اصبع من الاصابع لأنها تلفت بسبب جنايته ويدخل فى دية كل اصبع أرش ما تحته من الكف لأن الكف تابع للاصابع فى الدية وهل يدخل ما تحت الاصابع التى اقتص منها فى قصاصها ؟ على الوجهين) .

الشرح اذا قطع كفا له ثلاث أصابع صحيحة وأصبعان شلاوان وكان كف القاطع صحيحة الأصابع فليس للمجنى عليه أن يقتص من الكف لأنه يأخذ أكمل من يده ؛ وان رضى الجانى بذلك لم يجز لأن القصاص لم يجب فيها فلم يجز بالبدل كما لو قتل حر عبداً ورضى أن يقتل به . وللمجنى عليه أن يقتص من الأصابع الثلاث الصحيحة ؛ فاذا اقتص منهـا فهل يتبعها ما تحتها من الكف فى القصاص ؟ أو تجب فيها الحكومة ؟ فيه وجهان

وأما الأصبعان الشلاوان فله فيهما حكومة ، وان كانت كف المقطوع صحيحة الأصابع وكف القاطع فيها أصبعان شلاوان فالمجنى عليه بالخيار بين أن يأخذ دية يده وبين أن يقتص من كف الجانى ؛ لأنها أنقص من كفه ؛ ولا شىء للمجنى عليه لنقصان كف الجانى بالشلل ؛ أما اذا اختار الدية فله دية يده لا نعلم فيه خلافا لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد ، وهـذا قول أبى حنيفة ومالك وأحمد .

وان قطع كفـا له خمس أصابع وكف القـاطع فيها ثلاث أصابع لا غير وأصبعان مفقودان فللمجنى عليه أن يقتص من كف الجانى ويأخذ منه دية الأصبعين .

وقال أبو حنيفة : هو بالخيار بين أن يأخذ دية يده وبين أن يقتص من يد الجاني ولا شىء له . دليلنا قوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتـدى عليكم) ويد الجـانى ليست مثل يد المجنى عليه ، ولأنه استوفى بعض حقه فكان له أرش ما لم يستوفه كما لو قطع له أصبعين ولم يجد له الا واحدة .

فـــرع وان قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة ؛ فان سقطت أظافره قطعت ولو لم

يكن لواحد منهما أظافر حالة القطع يقتص منه ، فلو نبت للقاطع آظافر قبل آن يقتص منه لا يقتص لطروء الزيادة ويجوز أن يأخذ اليد التى لا أظفار لها باليد التى لها أظفار ؛ لأنها أنقص من يده •

فــــرع وان قطع أنملة لها طرفان ـــ فان كانت أنملة القاطع لها عرفان من تلك الأصبع بتلك اليد فللمجنى عليه قطعها لأنها مثل حقه ، وان كانت أنملة القاطع لها طرف واحـــد فللمجنى عليه أرش الأنملة ؛ فان قال المجنى عليه أنا أصبر على القصاص الى أن تسقط الأنملة الزائدة وأقتص فى الأصلية ـــ كان له ذلك ؛ لأن له تأخير القصاص • هذا ترتيب البغداديين كما أفاده صاحب البيان •

وقال المسعودى : ان علمت الأصلية منهما قطعت احداهما ويغرم الجانى التفاوت ما بين سدس دية أصبع وثلثها •

فــــرع وان قطع أنملة من سبابة رجل وقطع الأنملة الوسطى من تلك الأصبع من رجل آخر ـــ فان جاء المجنى عليهما ـــ قطعت العليـــا لصاحب العليـــا وقطعت الوسطى لصـــاحب الوسطى ، وان جاء صـــاحب الوسطى أولا وطلب القصاص لم يكن له ذلك ، لأنه لا يمكن قطعها من غير قطع العليا ، ويكون بالخيار بين أن يأخذ دية الأنملة وبين أن يصبر الى أن يقتص صاحب العليا لو سقط بأكلة ـــ وهى ما تسمى بالغنغرينة ـــ وهكذا ان عفا صاحب العليا عن القود ولم يقطع الأنملة العليا من انسان لكن قطع الأنملة الوسطى من رجل وجاء صاحب الوسطى يطلب النقصان وللجانى الأنملة العليا والوسطى ، فللمجنى عليه أن يصبر الى أن تقطـــع العليـــا أو تسقط ثم يقتص من الوسطى •

وقال أبو حنيفة : لا قصاص له لأنه حين قطعها لم يجب القصاص عليه فيها لتعذر استيفائها ؛ فاذا لم تجب حال الجناية لم تجب بعد ذلك • دليلنا أن القصاص انما تعذر لمتصل به ، فاذا زال ذلك المتصل كان له اســـتيفاء القصـــاص كمـــا لو قتلت حامل غيرها ثم ولدت ـــ فان لم يصبر صـــاحب الوسطى وقطع الوسطى والعليا فقد فعل ما لا يجوز له على المقتص منـــه

فيجب عليه ديتها ، وقد استوفى القصاص فى الوسطى ، فان قطع العليا من اصبع زيد ؛ وقطع العليا والوسطى من تلك الأصبع من عمرو ، فان حضرا معا وطلبا القصاص اقتص زيد من العليا لأنه أسبق واقتص عمرو من الوسطى وأخذ دية العليا . وكذلك ان حضر زيد وحده فله أن يقتص من العليا ، وان حضر عمرو فليس له أن يقتص لأن حق زيد تعلق فى العليا قبله ، وان خالف واقتص من العليا والوسطى فقد أساء بذلك ؛ ولكنه يصير مستوفياً لحقه ؛ ويكون لزيد دية الأنملة العليا على الجانى .

فرع ذكر الطبرى فى العدة : لو كان للمجنى عليه أربع أنامل فى أصبع فله أربعة أحوال :

أحدها : أن يقطع من له ثلاث أنامل أنملة من الأربع فلا قصاص عليه . وان قطع أنملتين من الأربع قطع من الجانى أنملة ويغرم الجانى التفاوت فيما بين النصف والثلث من دية الأصبع ؛ وان قطع له ثلاث أنامل قطع منه أنملتين ويغرم ما بين تلثى دية أصبع وبين ثلاثة أرباع ديتها ، وان قطع له أربع أنامل قطعت أنامل القاطع الثلاث ووجب عليه مع ذلك زيادة حكومة ، فأما اذا كان للقاطع أربع أنامل وللمقطوع ثلاث أنامل فله ثلاث أحوال ؛ ان قطعت أنملة منه قطعت أنملة منه ويغرم الجانى ما بين ثلث دية أصبع وبين ربعها ؛ وهو خمسة أسداس بعير ؛ وان قطع أنملتين قطع منه أنملتين ويغرم التفاوت بين نصف دية الأصبع وثلثيها . وان قطع جميع أنامله قطع منه ثلاث أنامل ويغرم التفاوت بين ثلاثة أرباع دية الأصبع وجميع ديتها — وهو بعيران ونصف — فعلى هذا لو بادر فقطع أصبعه عزر ولا شىء عليه من الدية . وفيه وجه أن له قطع أصبعه بخلاف اليد التى لها ست أصابع ، لأن تلك الزيادة ظاهرة فى منفصلات كاليدين .

مسألة اذا قطع أصبع رجل فتآكل منها الكف وسقط فللمجنى عليه القصاص للأصبع المقطوعة وله دية الأصابع الأربع وما تحت الأصابع الأربع من الكف يتبعها فى الدية وما تحت الأصابع التى اقتص فيها ؛ هل

يتبعها فى القصاص أو يجب له حكومة ؟ فيه وجهان • هـذا مذهبنا وقال أبو حنيفة : لا يجب له القصاص فى الأصبع المقطوعة •

دليلنا قوله تعالى (والجروح قصاص) وقوله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وقد اعتدى بقطع الأصبع فوجب أن يقطع منه • ولأنها جناية لو لم يستوجب فيها القصاص فوجب اذا سرت الى الاقتصاص فيه أن لا يسقط القصاص كالمرأة اذا قطعت يد المرأة فأسقطت جنيناً فلا يسقط القصاص فى اليد •

فــرع قال القفال : لو كان له قدمان على ساق واحدة يمشى عليها أو يمشى على احداهما والأخرى زائلة عن سنن منبت القـدم فقطعها رجل له قدم قطعت رجله وطولب بحكومة للزيادة ، وان قطع احداهما ــ فان قطع الزائدة ــ فعليه حكومة ؛ وان استويا فى المنبت وكان يمشى عليها ففى المقطوعة ربع الدية وزيادة حكومة ؛ وان كان الجـانى هـو صاحب القدمين ــ فان عرفنـا الزائدة من الأصلية وأمكن قطعهـا من غير أن تتلف الزائدة ــ قطعت وان لم تعـرف أو عرفت ؛ ولا يمكن قطعهـا الا باتلاف الأخرى لم تقطع وعليه دية الرجل المقطوعة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وتؤخذ الاليتان بالاليتين وهما الناتئتان بين الظهر والفخذ• وقال بعض أصحابنا : لا تؤخذ ، وهو قول المزنى رحمه الله عليه لأنه لحم متصل بلحم فأشبه لحم الفخذ ، والمذهب الأول لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولأنهما ينتهيان الى حد فاصل فوجب فيهما القصاص كاليدين •

فصــــل ويقطع الذكر بالذكر لقوله تعالى (والجروح قصـــاص) ولأنه ينتهى الى حد فاصل يمكن القصاص فيه مـــن غير حيف فوجب فيـــه القصاص ويؤخذ بعضه تبعضه •

وقال ابو اسحاق : لا يؤخذ بعضه ببعض كما قال فى اللسان والمذهب الأول لأنه اذا امكن القصاص فى جميعه أمكن فى بعضه ، ويؤخذ ذكر الفحل بذكـر الخصى لأنه كذكر الفحل فى الجماع وعدم الانزال لمعنى فى غيره ، ويقطع الأغلف

بالمختون لانه يزيد على المختون بجلدة يستحق ازالتها بالختان ، ولا يؤخذ صحيح باشل لان الاشل ناقص بالشلل فلا يؤخذ به كامل .

فصل ويقطع الانثيان بالانثيين لقوله تعالى (والجروح قصاص) ولانه ينتهي الى حد فاصل يمكن القصاص فيه فوجب فيه القصاص . فان قطع احدى الانثيين وقال اهل الخبرة : انه يمكن اخذها من غير اتلاف الاخرى اقتص منه ، وان قالوا : انه يؤدى قطعها الى اتلاف الاخرى لم يقتص منه ، لانه يقتص من انثيين بواحدة) .

الشرح قول المصنف رضى الله عنه « وتؤخذ الاليتان بالاليتين » وهما اللحمان الناتئتان بين الظهر والفخذين وقد صنعهما الله تعالى كالمخدتين لحماية ما تحتهما من مفاصل الفخذ والحقو وفتحة الدبر وعجب الذنب ومنبت عقرات الظهرية ؛ وهما كالمقعد يعتمد عليهما الإنسان فى قعوده فتبارك الله أحسن الخالقين ؛ فكان على من حرم أخاه هذه النعمة أن يحرم منها قصاصا . منا ومن أصحابنا من قال : لا تؤخذ ، وهو قول المزنى لأنه لحم متصل بلحم فأشبه الفخذين ، والمذهب الأول لأنهما ينتهيان الى حد فاصل فهما كاليدين .

مسألة يقطع الذكر بالذكر لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأنه عضو ينتهى الى مفصل فوجب فيه قصاص كاليد .

اذا ثبت هذا فيقطع ذكر الرجل بذكر الصبى ، ويقطع ذكر الشاب بذكر الشيخ لأن كل عضو جرى القصاص فيه بين الرجل والرجل جرى فيه القصاص بين الصبى والرجل كاليد والرجل ؛ ويقطع ذكر الفحل بذكر الخصى والعنين ؛ وقال مالك وأحمد رضى الله عنهما : لا يقطع به .

ولنا أنهما متساويان فى السلامة ؛ وانما عدم الإنزال والجماع لمعنى فى غيره فلم يمنع القصاص ، كأذن السميع بأذن الأصم ، ولا يقطع الذكر الصحيح بالذكر الأشل لأنه لا يساويه ؛ مثل أن كان لا ينمو صاحبه فيبقى كما هو ؛ فلو شل وصاحبه فى العاشرة من عمره لوقف نموه ولا ينتصب ولا يجامع وقد تنسد فتحته فلا يبول ويعمل له الأطباء فتحة أخرى يبول منها فمثل هذا لا يقطع به ذكر سليم ؛ وان قطع بعض ذكره اقتص منه .

وقال أبو اسحاق : لا يقتص منه كما قال فى اللسان ، والأول أصح ؛ لأنه اذا أمكن فى جميعه أمكن فى بعضه ؛ فعلى هذا يعتبر المقطوع بالحد كالنصف والثلث والربع كما قلنا فى الأذن والأنف •

قال الشافعى : ويقاد ذكر الأغلف بذكر المختون ، كما تقطع اليد السمينة بالمهزولة ولأن تلك الجلدة مستحقة بالقطع فلا يمنع من القصاص •

فـــرع وان قطع أنثييه اقتص منه لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأنه طرف يمكن اعتبار المماثلة فى أخذ القصاص به فشابه سائر الأطراف ، فان قطع احدى أنثييه قال الشافعى رضى الله عنه : سألت أهل الخبرة ـــ فان قالوا : يمكن أن يقتص من احدى البيضتين من القاطع ولا تتلف الأخرى ـــ اقتص منه ، وان قيل تتلف الأخرى لم يقتص منه ـــ لأنه لا يجوز ألخذ اثنين بواحدة ـــ ويجب له نصف الدية ؛ وهل يتبعها جلدتها أو تفرد بحكم ؟ فيه وجهان حكاهما فى الفروع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل واختلف اصحابنا فى الشفرين ، فمنهم من قال : لا قصاص فيهما ، وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله لأنه لحم وليس له مفصل ينتهى اليه فلم يجب فيه القصاص كلحم الفخذ • ومنهم من قال يجب فيه القصاص ، وهو المنصوص فى الأم ، لأنهما لحمان محيطان بالفرج من الجانبين يعرف انتهاؤهما فوجب فيهما القصاص •

فصـــل وان قطع رجل ذكر خنثى مشكل وأنثييه وشفريه وطلب حقه قبل أن يتبين حاله أنه ذكر أو انثى نظرت فان طلب القصاص لم يكن له لجواز أن يكون امرأة فلا يجب لها عليه فى شىء من ذلك قصاص ، وان طلب المال نظرت فان عفا عن القصاص أعطى اقل حقيه وهو حق امرأة ، فيعطى دية عن الشفرين وحكومة فى الذكر والأنثيين ، فان بان أنه امرأة فقد استوفت حقها وان بان انه رجل تمم له الباقى من دية الذكر والانثيين وحكومة عن الشفرين ، فان لم يعف عن القصاص وقف القصاص الى ان يتبين لأنه يجوز أن يكون امرأة فلا يجب عليه القصاص •

واما المال ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابى على بن ابى هريرة انه لا يعطى لأن دفع المال لا يجب مع القود وهو مطالب بالقود فسقطت المطالبة بالمال . (والوجه الثانى) وهو قول اكثر أصحابنا بأنه يعطى اقل ما يستحق مع القود لأنه يستحق القود فى عضو والمال فى غيره فلم يكن دفع المال عفواً عن القود فيعطى حكومة فى الشفرين ويوقف القود فى الذكر والانثيين .

وقال القاضى ابو حامد المروروذى فى جامعه : يعطى دية الشفرين . هذا خطأ ، لأنه ربما بان انه رجل فيجب القود فى الذكر والانثيين ، والحكومة فى الشفرين) .

الشرح هذا البحث قائم على سؤال : هل يجب القصاص فى الشفرين ؟ وهما اللحم المحيط بالفرج ، فيه وجهان (أحدهما) يجب . لقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأنهما لحمان محيطان بالفرج من الجنبين يعرف انتهاؤهما فوجب فيهما القصاص (والثانى) لا يجب ، وهو قول الشيخ أبى حامد لأنه لحم وليس له مفصل ينتهى اليه فلم يجب فيه القصاص كلحم الفخذ ، والأول هو المنصوص فى الأم .

فرع اذا قطع قاطع ذكر خنثى مشكل وأنثييه وشفريه فلا يخلو القاطع اما أن يكون رجلا او امرأة خنثى مشكلا — فان كان القاطع رجلا — لم يجب عليه القصاص فى الحال لجواز أن يكون الخنثى امراة والذكر والانثيان فيه زائدات ، فلا تؤخذ الأصليان بالزائدين . وقيل له : أنت بالخيار بين أن تصبر الى أن يبين حالك فيجب لك القصاص ان بان أنك رجل ، وبين أن تعفو وتأخذ المال . فان قال : أعطونى ما وجب لى من المال نظرت — فان عفا عن القصاص فى الذكر والأنثيين ، أو لم يكن للجانى ذكر ولا أنثيان ان كانا قد قطعا . قال أصحابنا البغداديون : فانه يعطى دية الشفرين ، وحكم الذكر والأنثيين لا يبلغ ديتها لأنه يستحق ذلك بيقين ويشك فى الزيادة .

وان قال : لا أقف ولا أعفو عن القصاص وطلب المال فهل يعطى شيئا . فيه وجهان : قال أبو على بن أبى هريرة . لايعطى لأنه مطالب بالقود ، ولا يجوز أن يأخذ المال وهو مطالب بالقود . وقال أكثر أصحابنا : يعطى ،

وهو الأصح لأنه يستحقه بيقين ، فاذا قلنا بهذا فكم القدر الذى يعطى ؟ اختلف أصحابنا فيه فقال القفال : يعطى حكومة فى الشفرين لأنه يستحق ذلك بيقين وقال القاضى أبو حامد : يعطى دية الشفرين ؛ لأنا لا نتوهم وجوب القصاص فيهما • ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : يعطى اقل الحكومتين فى آلة الرجال وآلة النساء • لأن ذلك هو اليقين • ومن أصحابنا من قال : يعطى الحكومة فى الذى قطعه آخر • والأول أصح •

وان كان القاطع امرأة ــ فان قلنا بقول الشيخ أبى حامد وأنه لا قصاص فى الشفرين ــ فانا لا نتوهم وجوب القصاص ، فيعطى حكومة فى آلة الرجل وحكومة فى آلة النساء ؛ فان بان رجلا تمم له دية الذكر والأنثيين وحكومة الشفرين ، وان بان امرأة تمم له دية الشفرين وحكومة للذكر والأنثيين • وان قلنا بالمنصوص وأنه يجب القصاص فيهما فانه لا يجب للخنثى القصاص فى الحال لجواز أن يكون رجلا فلا يجب القصاص على المراه فى الفرج الزائد ، فان طلب المال نظرت ــ فان عفا عن القصاص أو لم يعف ولكن ليس للقاطعة شفراوان فعلى قول البغداديين من أصحابنا يعطى دية الشفرين وحكومة عن الذكر والأنثيين فان بان امرأة فقد استوفت حقها وان بان رجلا تمم له دية الذكر ودية الأنثيين وحكومه الشفرين ، وعلى قول الخراسانيين يعطى حكومة للشفرين وحكومة للذكر والأنثيين •

وان لم يعف عن القصاص وكان للقاطعة شفرتان فعلى قول أبى على بن أبى هريرة لا يعطى وعلى قول أكثر أصحابنا يعطى ، فاذا قلنا بهذا فكم يعطى ؟ وعلى قول القفال يعطى حكومة فى الذكر والأنثيين وعلى قول القاضى أبى حامد يعطى دية الذكر والأنثيين ، وعلى قول بعض أصحابنا الخراسانيين يعطى أقل الحكومتين فى آلة الرجال وآلة النساء ، وان كان القاطع خنثى مشكلا فانه لا يجب القصاص فى الحال لأنا لا نتيقن عين الزائدة من الإليتين فيهما ولا عين الأصلى ، فلو أوجبنا القصاص فى الحال لم نأمن أن يأخذ أصلياً بزائد وذلك لا يجوز ، فان طلب حقه من المال نظرت ــ فان عفا عن القصاص ــ قال أصحابنا البغداديون : أعطى دية الشفرين وحكومة للذكر والاليتين لأنه يستحق ذلك بيقين •

وقال الخراسانيون : يعطى الحكومه فى الذكر والأنثيين والشفرين ؛ وان لم يعف عن القصاص فهل يعطى شيئاً ؟ ان قلنا بقول على بن أبى هريرة لا يعطى شيئاً اذا كان القاطع رجلا أو امرأة فهنا أولى أن لا يعطى • وان قلنا هناك يعطى فها هنا وجهان :

(احدهما) لا يعطى وهو قول القفال لأن القصاص متوهم فى جميع الآلات •

(والثانى) يعطى أقل الحكومتين فى آلة الرجال والنساء ؛ والصحيح أنه لا يعطى شيئاً •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وما وجب فيه القصاص من الأعضاء وجب فيه القصاص ، وان اختلف العضوان فى الصغر والكبر الطول والقصر الصحة والمرض لأنا لو اعتبرنا المساواة فى هذه المعانى وسقط القصاص فى الأعضاء ، لأنه لا يكاد أن يتفق العضوان فى هذه الصفات فسقط اعتبارها •

فصـــل وما انقسم من الاعضاء الى يمين ويسار كالعين واليد وغيرهما لم تؤخذ اليمين فيه باليسار ولا اليسار باليمين ، وما انقسم الى اعلى واسفل كالشفة والجفن لم يؤخذ الاعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى ، ولا تؤخذ سن بسن غيرها ولا اصبع باصبع غيرها ولا انملة بانملة غيرها لانها جوارح مختلفة المنافع والأماكن فلم يؤخذ بعضها ببعض ، كالعين بالانف واليد بالرجل وما لا يؤخذ بعضه ببعض مما ذكرناه لا يؤخذ ، وان رضى الجانى والمجنى عليه ، وكذلك ما لا يؤخذ من الأعضاء الكاملة بالأعضاء الناقصة ، كالعين الصحيحة بالقائمة ، واليد الصحيحة بالشلاء ، لا يؤخذ وان رضى الجانى والمجنى عليه باخذها ، لأن الدماء لا تستباح بالاباحة •

فصـــل وان جنى على رجل جناية يجب فيها القصاص ثم قتله وجب القصاص فيهما لأنهما جنايتان يجب القصاص فى كل واحدة منهما ، فوجب القصاص فيهما عند الاجتماع كقطع اليد والرجل) •

الشرح كل عضو وجب فيه القصاص فانه يجب فيه ؛ وان

اختلف العضوان فى الصغر والكبر ، والصحة والمرض ، والسمن والهزال ، لقوله تعالى (والعين بالعين والأذن بالأذن والسن بالسن) ولم يفرق ؛ ولأنا لو اعتبرنا هذه الأشياء لشق وضاق فسقط اعتباره كما سقط اعتبار ذلك فى النفس ؛ وما كان من الأعضاء منقسما الى يمين ويسار كالعينين والأذنين واليدين والرجلين لا يجوز أخذ اليمنى منه باليسرى ولا اليسرى منه باليمنى • وقال ابن شبرمة : يجوز •

ولنا أن كل واحد منهما يختص باسم ينفرد به فلا يؤخذ بغيره ، كما لا يؤخذ اليد بالرجل ، وكذا لا يؤخذ الجفن الأعلى بالجفن الأسفل ، ولا العكس ، وكذلك الشفتان مثله ؛ ولا يؤخذ سن بسن غيرها ؛ ولا أصبع بأصبع غيرها ، ولا أنملة بأنملة غيرها ، كما لا تؤخذ نفس بجناية نفس غيرها ، ولا يؤخذ أي شيء من ذلك وان رضى كل من الجانى والمجنى عليه ، وكذلك اذا رضى الجانى بأن يؤخذ العضو الكامل بالناقص ، والصحيح بالأشل ، لم يجز لأن الدماء لا تستباح بالإباحة •

مسألة اذا قطع يد رجل ثم عاد فقتله كان له أن يقطع يده ثم يقتله ، وبه قال أبو حنيفة • وقال أبو يوسف ومحمد : ليس له الا القتل • دليلنا قوله تعالى : (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) وهذا قد اعتدى بقطع اليد فلم يمنع من قطع يده ، ولأنهما جنايتان يجب القصاص فى كل واحدة منهما اذا انفردت فوجب القصاص فيهما عند الاجتماع كقطع اليد والرجل •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قتل واحد جماعة أو قطع عضوا من جماعة لم تتداخل حقوقهم لأنها حقوق مقصودة لآدميين فلم تتداخل كالديون ، فان قتل أو قطع واحدا بعد واحد اقتص منه للأول ، لأن له مزية بالسبق ، وان سقط حق الأول بالعفو اقتص للثانى ، وان سقط حق الثانى اقتص للثالث ، وعلى هذا واذا اقتص منه لواحد بعينه تعين حق الباقين فى الدية ، لأنه فاتهم القود بغير رضاهم ، فانتقل حقهم الى الدية ، كما لو مات القاتل او زال طرفه ، وان

قتلهم او قطعهم دفعة واحدة او أشكل الحال أقرع بينهـــم فمن خرجت له القرعة اقتص له لأنه لا مزية لبعضهم على بعض فقدم بالقرعة كما قلنا فيـمن أراد السفر ببعض نسائه ، فان خرجت القرعة لواحد فعفا عن حقه اعيـدت القرعة للباقين لتساويهم وان ثبت القصاص لواحد منهم بالسبق او بالقرعة فبدر غيره واقتص صار مستوفيا لحقه . وان أساء فى التقدم على من هو أحق منه ، كما قلنا فيمن قتل مرتداً بغير اذن الامام أنه يصير مستوفياً لقتـــل الردة ، وان اساء فى الافتيات على الامام . وان قتل رجل جماعة فى المحاربة ففيه وجهان (احدهما) ان حكمه حكم ما لو قتلهم فى غير المحاربة (والثانى) انه يقتل بالجميع لأن قتل المحاربة لحق الله تعالى ، ولهذا لا يسقط بالعفـو فتداخل كحدود الله تعالى .

فصـــــل وان قطع يد رجل وقتل آخر قطع للمقطوع ثم قتل للمقتول تقدم القطع او تاخر ، لأنا اذا قدمنا القتل سقط حق المقطوع ، واذا قدمنـــا القطع لم يسقط حق المقتول ، واذا امكن الجمع بين الحقين من غير نقص لم يجز اسقاط احدهما ، ويخالف اذا قتل اثنين لأنه لا يامكن ايفاء الحقين فقـدم السابق ، وان قطع اصبعاً من يمين رجل ثم قطع يمين آخر قطع الأصبع الأول ثم قطعت اليد للثانى ويدفع اليه ارش الأصـبع ، ويخالف اذا قطع ثم قتـل حيث قلنا : انه يقطع للأول ويقتل للثاني ولا يلزمه لنقصان اليد شيء لأن النفس لا تنقص بنقصان اليد ، ولهذا يقتل صحيح اليد بمقطوع اليد ، واليد تنقص بنقصان الأصبع ، ولهذا لا تقطع اليد الصحيحة بيد ناقصة الأصابع .

وان قطع يمين رجل ثم قطع اصبعاً من يد رجل آخر قطعت يمينه للأول لأن حقه سابق ، ويخالف اذا قتل رجل ثم قطع يد آخر حيث اخرنا القتل ، وان كان سابقاً ، لأن هناك يمكن ايفاء الحقين من غـير نقص يدخل على ولى المقتول بقطع اليد ، وههنا يدخل النقص على صاحب اليد بنقصان الأصبع .

فصـــــل وان قتل رجلا وارتد ، او قطع يمين رجل وسرق ، قدم حق الآدمى من القتل والقطع ؛ وسقط حق الله تعالى ، لأن حق الآدمى مبنى على التشديد ، فدم على حق الله تعالى) .

الشرح اذا قتل واحد جماعة قتل بواحد وأخذ الباقون الدية ؛ وقال أبو حنيفة ومالك : يقتل بالجماعة ــ فان بادر واحد وقتله ــ سقط حق الباقين وبه قال أصحابنا الخراسانيون .

وقال أحمد رحمه الله . ان طلبوا القصاص قتـــل لجماعتهم ؛ وان طلب

بعضهم القصاص وبعضهم الدية قتل لمن طلب القصـــاص وأعطى الدية من طلبهـــا • وقال عثمـــان البتى : يقتل بجماعتهم ثم يعطـــون الدية فى باقيهم فيقسمونها بينهم ، مثل أن يقتـــل عشرة ؛ فانه يقتـــل ويعطون تســـع ديات ويقسمونها بين العشرة • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا ، وان أحبوا أخذوا الدية » ولأنهـــا حقوق مقصودة لآدميين يمكن استيفاؤها فوجب أن لا يتداخل كالديون •

وقولنا مقصودة احتراز من آجال الدين • وقولنا الآدميين احتراز من حقوق الله تعالى وهى الحدود فى الزنا وشرب الخمر •

اذا ثبت هذا فان قتل واحداً بعد واحد أقتص للأول ؛ فان عفا الأول اقتص للثانى ؛ وان عفا الثانى اقتص للثالث • وان كان ولى الأول غائبا أو صغيراً انتظر قدوم الغائب وبلوغ الصغير • وان قتلهم دفعة واحدة بأن هدم عليهم بيتاً أو جرحهم فماتوا معاً أقرع بينهم ؛ فمن خرجت له القرعة قتل به وكان للباقين الدية • وقال بعض أصحابنا الخراسانيين : يقتل بالجميع ويرجع كل واحد من الأولياء بحصته من الدية • وان قتلهم واحداً بعد واحد الا أنه أشكل الأول منهم فان أقر القاتل لأحدهم أنه الأول قبل اقراره وقتل به ؛ وان لم يقر أقرعنا بينهم لاســـتواء حقوقهم ؛ فان بادر أحدهم وقتله فقـــد استوفى حقه وانتقل حق الباقين الى الدية •

وحكى الخراسانيون من أصحابنا أنه اذا قتل واحدا بعد واحد ؛ وكان ولى الأول غائبا أو مجنونا أو صغيراً قولين : (أحدهما) يستوفى ولى الثانى والثانى لا يستوفى بل ينتظر حضور الغائب وأفاقة المجنون وبلوغ الصغير • وان قتل جماعة فى قطع الطريق وقلنا بالمشهور من المذهب انه يقتل بواحد فى غير قطع الطريق فهاهنا وجهان ؛ وحكاهما الخراسانيون قولين (أحدهما) حكمه حكم ما لو قتلهم فى غير قطع الطريق لما ذكرناه هناك (والثانى) يقتل بالجميع ولا شىء للباقين لأنه يقتل حداً ، بدليل أنه لا يصح العفو فيه ، وان قطع عضواً من جماعة فحكمه حكم ما لو قتل جماعة على ما مضى •

مسألة وان قطع يد رجل وقتل آخر ، قطعت يده للمقطوع ثم قتل للمقتول سواء تقدم قطع اليد أو تأخر ؛ وبه قال أبو حنيفة وأحمد ؛ وقال مالك يقتل للمقتول ولا تقطع يده للمقطوع ، دليلنا قوله تعالى (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين) الآية •

فأخبر أن النفس تؤخذ بالنفس والطرف بالطرف ، فمن قال غير هذا فقد خالف الآية ، ولأنهما جنايتان على شخصين فلا يتداخلان كما لو قطع يدى رجلين ، وانما قدمنا القطع ههنا ، وان كان متأخرا لأنه يمكن ايفاء الحقين من غير نقص على أحدهما ، ومتى أمكن ايفاء الحقين لم يجز اسقاط أحدهما • وان قطع أصبعا من يمين رجل ثم قطع يمين آخر قطعت أصبعه للأول ؛ ثم قطعت يده للثاني ولزمه أن يغرم للثاني دية أصبعه التي لم يقتص منها ؛ ويخالف اذا قتل رجل مقطوع اليد لرجل غير مقطوع اليد ــ فانه لا يغرم شيئا له ــ لأن اليد تنقص بنقصان الأصبع ؛ ولهذا لا تؤخذ يد كاملة الأصابع بيد ناقصة الأصابع والنفس لا تنقص بنقصان اليد ، ولهذا يقتل من له يدان بمن له يد واحدة ، وان قطع يمين رجل ثم قطع أصبعا من يمين آخر قطعت يمينه للأول ، وأخذ الآخر دية أصبعه المقطوعة ؛ ويخالف اذا قطع يمين رجل ثم قتل آخر حيث قلنا : يقدم القطع وان كان متأخرا ؛ لأن اليد تنقص بنقصان الأصبع ، والنفس لا تنقص بنقصان اليد •

فصل اذا قتل رجلا وارتد أو قطع يمين رجل وسرق ، قدم حق الآدمى من القتل والقطع لأنه مبنى على التشديد ، وحق الله مبنى على المسامحة • والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب استيفاء القصاص)

(من ورث المال ورث الدية ، لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب قال : كان عمر رضى الله عنه يقول : لا ترث المراة من دية زوجها ، حتى قال له الضحاك ابن قيس : كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ورث امراة اشيم

الضبابي من دية زوجها ، فرجع عمر رضي الله منه عن ذلك) ويقضي من الدية دينه وينفذ منها وصيته .

وقال أبو ثور : لا يقضي منها الدين ولا ينفذ منها الوصية ، لانها تجب بعد الموت ، والمذهب الأول ، لأنه مال يملكه الوارث من جهته فقضي منه دينه ، ونفذت منه وصيته كسائر أمواله . ومن ورث المال ورث القصاص ، والدليل ليه ما روى أبو شريح الكعبي ((ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ثم انتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وانا والله عاقله ، فمن قتل بعده قتيلا فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية .

وان قطع مسلم طرف مسلم ثم ارتد ومات في الردة ، وقلنا باصح القولين انه يجب القصاص في طرفه،فقد نقل المزني انه قال يقتص وليه المسلم ، وقال المزني رحمه الله : لا يقتص غير الامام لأن المسلم لا يرثه ، فمن أصحابنا من قال : لا يقتص غير امام كما قال المزني ، وحمل قول الشافعي رحمة الله عليه على الامام وقال عامة اصحابنا : ينقص المناسب ، لأن القصد من القصاص التشفي ودرك الغيظ والذي يتشفى هو المناسب ، ويجوز أن يثبت القصاص لمن لا يرث شيئا ، كما لو قتل من له وارث وعليه دين محيط بالتركة ، فان القصاص للوارث وان لم يرث شيئا ، وان كان الوارث صغيرا او مجنونا لم يستوف له الولي ، لأن القصد من القصاص التشفي ودرك الغيظ ، وذلك لا يحصل باستيفاء الولي ، ويحبس القاتل الى ان يبلغ الصغير او يعقل المجنون، لأن فيه حظا للقاتل بان لا يقتل ، وفيه حظا للمولي عليه ليحصل له التشفي ، فان اقام القاتل كفيلا ليخلى لم يجز تخليته لأن فيه تغريرا بحق المولي عليه بان يهرب فيضيع الحق .

وان وثب الصبي او المجنون على القاتل فقتله ففيه وجهان : (احدهما) أنه يصير مستوفيا لحقه ، كما لو كانت له وديعة عند رجل فاتلفها . (والثاني) لا يصير مستوفيا لحقه وهو الصحيح ، لانه ليس من اهل استيفاء الحقوق ويخالف الوديعة ، فانها لو تلفت من غير فعل برىء منها المودع . ولو هلك الجاني من غير فعل لم يبرا من الجناية ، وان كان القصاص بين صغير وكبير لم يجز للكبير أن يستوفي ، وان كان بين عاقل ومجنون لم يجز للعاقل أن يستوفي لانه مشترك بينهما فلا يجوز لأحدهما ان ينفرد به ، فان قتل من لا وارث له كان القصاص للمسلمين واستيفاؤه الى السلطان ، وان كان له من يرث منه بعض القصاص كان استيفاؤه الى الوارث والسلطان ، ولا يجوز لأحدهما ان ينفرد به لما ذكرناه) .

الشرح خبر الضحاك بن قيس الذى أسنده المصنف لم يرو أن

الذى كتب اليه النبى صلى الله عليه وسلم هو الضحاك بن قيس لأنه ولد قبل وفاته صلى الله عليه وسلم بسبع سنين • فهـو الضحاك بن قيس بن خالد الأكبر ابن وهب بن ثعلبة يكنى أبا أنيس ، وقيل أبو عبد الرحمـن والأول أفاده الواقدى ؛ وهو أخو فاطمة بنت قيس وكان أصغر سناً منها ؛ ويرجح أنه لم يسمع من النبى صلى الله عليه وسلم فضلا عن أن يوليه ويكتب اليه • وقد كان الضحاك بن قيس على شرطة معاوية ثم صار عاملا على الكوفة بعد زياد ؛ وقد قتل الضحاك بن قيس بمرج راهط لأنه كان يأخذ البيعـة لابن الزبير قتله جنود يزيد •

أما الذى ولاه النبى صلى الله عليـه وسلم وكتب اليه أن يورث امرأة أشيم الضبابى فهو الضحاك بن سفيان الكلابى ، فهو الذى ولاه النبى صلى الله عليه وسلم أمر من أسلم من قومه ؛ وقد ثبت أن الرسول أمره على سرية فذكره العباس بن مرداس فى شعره فقال :

ان الذين وفوا بما عاهدتهم ... جيش بعثت عليهم الضحاكا

أمرته ذرب السـنان كأنه ... لمـا تكنفـه العـدو يراكا

طوراً يعـانق باليدين وتارة ... يفرى الجماجم صارماً بتاكا

وكان رضى الله عنه أحد الأبطال ؛ وكان يقوم على رأس رسول الله صلى الله عليه وسلم متوشحاً سيفه ، وكان يعد بمائة فارس •

قال ابن عبد البر : وله خبر عجيب مع بنى سليم ذكره أهل الاخبار : روى الزبير بن بكار : حدثنى ظمياء بنت عبد العزيز حدثنى أبى عن جـدى موألة بن كثيف أن الضحاك بن سفيان الكلابى كان سياف رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت بنو سليم فى تسعمائة ، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لكم فى رجل يعدل مائة يوفيكم ألفاً ؟ فوافاهم بالضحاك بن سفيان وكان رئيسهم • ولابن مرداس :

عشية ضحاك بن سفيان معتص ... لسيف رسول الله والموت واقع

روى عنه سعيد بن المسيب والحسن البصرى .

اذا ثبت هذا فان الحديث أخرجه أبو داود فى الفرائض عن أحمد بن صالح والترمذى عنه فى الفرائض ، وعن قتيبة وأحمد بن منيع وغير وأحد ، وفى الديات عن قتيبة وأبى عمار بن الحسين بن حريث وابن ماجه فى الديات عن أبى بكر بن أبى شيبة ومالك فى الموطأ فى العقول عن ابن شهاب والضبابى وهو بطن من كلاب منهم شمر بن ذى الجوشن قاتل الحسين عليه السلام .

وأما حديث أبى شريح الكعبى فقد أخرجه أبو داود فى الديات عن مسدد ، والترمذى فى الديات عن محمد بن بشار ، وقد أخرجه بمعناه أحمد والشيخان وابن ماجه والدارمى . وأبو شريح اسمه خويلد بن عمرو ، وقد مضى تحقيق نسبه وشىء من مناقبه آنفا .

وقوله « بين خيرتين » الخيرة وزان عنبة الاسم من قولك : اختاره الله تعالى وخيرة بالتسكين أيضا ، والأهل يقع على الذكر والأنثى .

اما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولم يختلفوا فى أن العقل موروث كالمال . جملة ذلك أنه اذا قتل رجل رجلا خطأ أو عمداً وعفى عنه على المال ، فان الدية تكون لجميع ورثة المقتول لقوله تعالى « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله » ولقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » لا فرق بين الذكران والإناث اجماعاً لا خلاف فيه . وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه لم يورث المرأة من دية زوجها ، فقال له الضحاك بن سفيان : كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها ، فرجع عمر رضى الله عنه .

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا يتوارث ملتان شتى ، وترث المرأة من دية زوجها » . وقال المصنف :

يقضي من الدية دينه وتنفذ منه وصاياه • وقال أبو ثور : لا يقضى منها دينه ولا تنفذ وصاياه ؛ والذي يقتضي المذهب أن يبنى على القولين متى تجب الدية ؟ فان قلنا بآخر جزء من أجزاء حياة المقتول قضى منهادينه ونفذت منها وصاياه • وان قلنا : يجب بعد موته له يقض منها دينه ولم تنفذ منها وصاياه ولعله ذكر ذلك على الأصح عنده •

وأما اذا كان القتل يقتضى القصاص فان القصاص موروث وفيمن يرثه من الورثة ثلاثة أوجه حكاها ابن الصباغ •

(أحدها) أنه لا يرثه الا العصبة من الرجال ، وبه قال مالك والزهرى ، لأن القصاص يدفع العار عن النسب فاختص به العصبات كولاية النكاح • فان اقتصوا فلا كلام ، وان عفوا على مال كان لجميع الورثة •

(والثانى) أنه يرثه من يرث بنسب دون سبب ؛ فيخرج بذلك من يرث بالزوجية ؛ وبه قال ابن شبرمة ؛ لأن القصاص يراد للتشفى ؛ والزوجية تزول بالموت •

(والثالث) وهو المنصوص ؛ ولم يذكر الشيخان أبو اسحاق المروزى وأبو حامد الاسفراييني غيره أنه يرثه جميع الوراثة من يرث بنسب ومن يرث بسبب وبه قال أبو حنيفة وأصحابه وأحمد لقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » ولأاهل لغة يقع على الرجال والنساء ، ولأنه جعل القود لمن جعل له الدية ؛ ولا خلاف أن الدية لجميع الورثة فكذلك القود ، وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لأهل القتيل أن ينحجزوا الأول فالأول ؛ وان كانت امرأة » رواه أبو داود والنسائى •

قال أبو عبيدة : معنى أن ينحجزوا يكفوا عن القصاص ؛ ولو لم يكن للمرأة حق فى القصاص لما جعل لها الكف عنه • وروى أن رجلا قتل رجلا ؛ فأراد أولياء الدم القود ، فقالت أخت المقتول ــ وكانت زوجة القاتل ــ

عفوت عن نصيبي من القود ، فقال عمر رضى الله عنــه : الله أكبر عتق من القتــل .

فــــرع اذا قطع طرف مسلم فارتد المقطوع ثم مات على الردة ــ وقلنا يجب القصاص فى الطرف ــ فمن الذى يستوفيه ؟ قال الشــافعى رضى الله عنه : لوليه المسلم أن يقتص ، واعترض المزنى عليه فقال : كيف يجوز لوليه أن يقتص وهو لا يرثه . واختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال لا يقتص وليه المسلم كما قال المزنى ، لأنه لا يرثه ــ ولم يرد الشافعى الولى ههنا المناسب ، وانما أراد الإمام . وقال أكثرهم : بل يجوز لوليه المناسب أن يقتص لأن القصاص للتشفى وذلك الى المناسب لا الى الإمام . وقول الأول غير صحيح لأنه قد يثبت القصاص لمن لا يرث ، وهو اذا قتل رجل وعليه دين يحيط بتركته ــ فاذا قلنا ان الإمام هو الذى يقتص كان بالخيار بين أن يقتص وبين أن يعفو على مال ، فاذا عفا على مال كان بها ، واذا قلنا يقتص الولى المناسب ــ فان اقتص ــ فلا كلام ، وان عفــا على مال فهل يثبت ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ أبو حامد .

(أحدهما) لا يثبت لأن أرش الطرف يدخل فى أرش النفس فلما لم يجب أرش النفس لم يجب أرش الطرف .

(والثانى) يجب الأرش وهو الأصح لأن الجناية وقعت فى حال مضمونة فلم يسقط حكمها بسقوط حكم السراية ، فاذا قلنا بهذا فكم الأرش الذى يجب ؟ فيه وجهان ؟ قال عامة أصحابنا : يجب أقل الأمرين من أرش الطرف أو دية النفس لأن دية النفس اذا كانت أكثر من أرش الطرف لم تجب الزيادة على أرش الطرف لأن الزيادة وجبت بالسراية ، وان كان أرش الطرف أكثر لم يجب ما زاد على دية النفس ، لأنه لو مات وهو مسلم لم يجب عليه أكثر من دية مسلم فكذلك ها هنا مثله .

وقال أبو سعيد الاصطخرى : يجب أرش الطرف بالغا ما بلغ ، لأن الدية انما تجب فى النفس فى الموضع الذى لو كان دون الدية وصار نفسا وجبت

الدية وها هنا لا حكم للسراية فى الزيادة فكذلك فى النقصان • والأول أصح •

فــرع اذا كان القصاص لصغير أو مجنون أو لغير رشيد لم يستوف الولى له : وبه قال أحمد وأبو يوسف • وقال مالك وأبو حنيفة ومحمد : يجوز للأب والجد أن يستوفى له القصاص فى النفس والطرف ، ويجوز للوصى والحاكم أن يستوفى الا فى الطرف دون النفس • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » فجعل الخيرة للأهل ؛ فلو جعلنا للولى استيفاءه لفوتنا ما خير فيه ، ولأنه لا يملك ايقاع طلاق زوجته فلا يملك استيفاء القصاص فى النفس كالوصى •

اذا ثبت هذا فان القاتل يحبس الى أن يبلغ الصبى ويفيق المجنون ويصلح المفسد ـــ لأن فى ذلك مصلحه للقاتل بأن يعيش الى مدة ويتأخر قتله ـــ وفيه مصلحه الولى المقتول لئلا يهرب القاتل ويفوت القصاص ، فان أراد الولى ان يعفو عن القود على مال ؛ فان كان المولى عليه له كفاية لم يجز ، وان كان محتاجا الى ذلك المال للنفقة ففيه وجهان :

(أحدهما) يجوز لأنه محتاج الى ذلك •

(والثانى) لا يجوز لأنه لا يملك استيفاء حقه من القصاص ؛ ونفقته فى بيت المال وان وثب الصبى أو المجنون فاقتص فهل يصير مستوفيا ؟ فيه وجهان (أحدهما) يصير مستوفيا كما لو كانت له وديعة فأتلفها (والثانى) لا يصير مستوفيا وهو الأصح ؛ لأنه ليس من أهل الاستيفاء ، وان كان القصاص لغائب حبس القاتل الى أن يقدم كما قلنا فيه اذا كان لصغير أو مجنون • فان قتل فهلا قلتم لا يحبس للغائب لأنه لا ولاية للحاكم على الغائب ؛ كما لو كان لغائب مال مغصوب فليس للحاكم أن يحبس الغائب وينزع ماله المغصوب ؟ فالجواب أن القود ثبت للميت وللحاكم على الميت ولاية ، وليس كذلك الغائب اذا غصب ماله لأنه لا ولاية له عليه وهو رشيد ،

فوزانه أن يموت رجل ويخلف مالا وله وارث غائب ، فجاء رجل وغصب ماله فللامام حبس الغاصب الى أن يقدم الغائب •

فـــرع فان كان القصاص لجمـاعة وبعضهم حاضر وبعضهم غائب لم يجز للحاضر أن يستوفى بغير اذن الغـائب بلا خلاف ؛ وان كان الخلاف بين صغير وكبير أو بين عاقل ومجنون لم يجز للكبير والعـاقل أن يستوفى القصاص حتى يبلغ الصغير ، ويفيق المجنون ؛ ويأذن فى الاستيفاء • وبه قال عمر بن عبد العزيز وأبو يوسف وأحمد •

وقال مالك وأبو حنيفة : يجوز للكبير والعاقل أن يسـتوفى قبل بلوغ الصغير وافاقة المجنون ؛ الا أن أصحاب أبى حنيفة اختلفوا فيما يستوفيه ؛ فمنهم من قال يستوفى حقه وحق الصغير والمجنون ؛ ومنهم من قال يستوفى حقه ويسقط حق الصغير والمجنون ، دليلنا أنه قصاص موروث فوجب أن لا يختص باستيفائه بعض ورثته ؛ كما لو كان لحاضر وغائب •

اذا ثبت هذا فان القاتل يحبس الى أن يبلغ الصغير ويفيق المجنون ، وقد حبس معاوية هدبة بن خشرم فى قصاص حتى يبلغ ابن القتيل ؛ وذلك فى عصر الصحابة رضوان الله عليهم فلم ينكر ذلك أحـد • وبذل الحسن والحسين وسعيد بن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها •

فان قيل : لم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين • قلنا : لأن تخليته تضييع فانه لا يؤمن هربه ؛ والفرق بينه وبين المعسر من وجوه •

١ ـ أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسـار فلا يحبس بمـا لا يجب ، والقصاص ههنا واجب وانما تعذر المستوفى •

٢ ـ ان المعسر اذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين ؛ وها هنا الحق نفسه يفوت بالتخلية لا بالحبس •

٣ ـ أنه قد استحق قتله ، وفيه تفويت نفسه ونفعه ، فاذا تعذر تفويت

نفسه جاز تفويت نفعه لإمكانه ، فان قيل فلم يحبس من أجل الغائب وليس للحاكم عليه ولاية اذا كان مكلفا رشيداً ؛ ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوبا لم يملك انتزاعه ؟ قلنا : ان في القصاص حقاً للميت ؛ وللحاكم عليه ولاية ؛ ولهذا تنفذ وصاياه من الدية وتقضى ديونه منها ، فنظيره أن يجد الحاكم من تركة الميت في يد انسان شيئاً غصبا والوارث غائب فانه يأخذه ، ولو كان القصاص لحى في عرفه لم يتعرض لمن هو عليه ، فان أقام القاتل كفيلا بنفسه ليخلى سبيله لم يجز لأن الكفالة لا تصح في القصاص فان فائدتها استيفاء الحق من الكفيل ان تعذر احضار المكفول به ؛ ولا يمكن استيفاؤه من غير القاتل ، فلم تصح الكفالة به كالحد ، ولأن فيه تغريراً بحق المولى عليه ، فانه ربما خلى سبيله فهرب فضاع الحق فان وجب القصاص في قتل من لا وارث له غير المسلمين كان القصاص الى الامام لأنه نائب عنهم ، وان كان هناك من يرث البعض ويرث المسلمون للباقي كان استيفاء القصاص الى الامام والى الوارث .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قتل رجل وله اثنان من أهل الاستيفاء فبدر احدهما وقتل القاتل من غير اذن اخيه ففيه قولان (احدهما) لا يجب عليه القصاص ، وهو الصحيح ، لان في قتله حقا فلا يجب عليه القصاص بقتله ، كما لا يجب الحد على أحد الشريكين في وطء الجارية المشتركة (والثانى) يجب عليه القصاص لانه اقتص في اكثر من حقه فوجب عليه القصاص ، كما لو وجب له القصاص في طرفه فقتله ، ولأن القصاص يجب بقتل النفس اذا عرى عن الشبهة ، ولهذا يجب على كل واحد من الشريكين في القتل ، وان كان قاتلا لبعض النفس والنصف الذى لاخيه لا شبهة فيه فوجب القصاص عليه بقتله .

وان عفا احدهما عن حقه من القصاص ثم قتله الآخر بعد العلم بالعفو نظرت فان كان بعد حكم الحاكم بسقوط القود عنه وجب عليه القصاص ، لانه لم يبق له شبهة ، وان كان قبل حكم الحاكم بسقوط القود عنه فان قلنا يجب عليه القود اذا قتله قبل العفو فلأن يجب عليه اذا قتله بعد العفو أولى ، وان قلنا : لا يجب عليه العفو ففيما بعد العفو قولان :

(أحدهما) يجب عليه لأنه لا حق له فى قتله فصار كما لو عفوا ثم قتله أحدهما .

(والثانى) لا يجب ، لأن على مذهب مالك رحمه الله عليه يجب له القود بعد عفو الشريك ، فيصير ذلك شبهه فى سقوط القود ، فاذا قلنا يجب القصاص على الابن القاتل وجب دية الاب فى تركة قاتله ، نصفها للأخ الذى لم يقتل ، ونصفها للأخ القاتل ولورثته بعده ، واذا قلنا لا يجب القصاص على الابن القاتل وجب عليه نصف دية المقتول ، لأنه قتله وهو يستحق نصف النفس وللأخ الذى لم يقتل نصف الدية ، وفيمن يجب عليه قولان :

(أحدهما) يجب على الابن القاتل ، لأن نفس القاتل كانت مستحقة لهما ، فاذا اتلفها أحدهما لزمه ضمان حق الآخر كما لو كانت لهما وديعة عند رجل فأتلفها أحدهما ، فعلى هذا ان أبرأ الابن الذى لم يقتل ورثة قاتل ابيه من نصفه لم يصح ابراؤه ، لأنه ابرأ من لا حق له عليه ، وان ابرأ اخاه صح ابراؤه لأنه أبرأ من عليه الحق .

(والقول الآخر) انه يجب ذلك فى تركة قاتل ابيه لانه قود سقط الى مال فوجب فى تركة القاتل كما لو قتله أجنبى ، ويخالف الوديعة ، فانه لو اتلفها أجنبى وجب حقه عليه ، والقاتل لو قتله اجنبى لم يجب حقه عليه ، فعلى هذا لو أبرأ أخاه لم يصح ابراؤه ، وان أبرأ ورثة قاتل ابيه صح ابراؤه ، ولورثة قاتل الأب مطالبة الابن القاتل بنصف الدية ، لأن ذلك حق لهم عليه فلا يسقط ببراءتهم عن الابن الآخر) .

الشرح اذا قتل رجل وله أخوان وابنان من أهل استيفاء القصاص لم يكن لهما أن يستوفيا القصاص جميعا ؛ لأن فى ذلك تعذيبا للقاتل ؛ فاما أن يوكلا رجلا ليستوفى لهما القصاص ؛ واما أن يوكل أحدهما الآخر فى الاستيفاء ؛ فان طلب كل واحد منهما أن يوكله الآخر أقرع بينهما ؛ لأنه لا مزية لأحدهما على الآخر ، فاذا خرجت القرعة لأحدهما أمر الآخر أن يوكله ، وان بادر أحدهما وقتل القاتل بغير اذن أخيه نظرت ــ فان كان الذى لم يقتل لم يعف عن حقه من القصاص ــ فهل يجب على القاتل منهما القود ؟ فيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه القود لأنه ممنوع من قتله وقد يجب التل باتلاف بعض النفس كما اذا قتل جماعة واحدا (والثانى) لا يجب عليه القود ، وبه

قال أبو حنيفة وأحمد ، وهو الأصح ، لأن له فى قتله حقاً فلم يجب عليه القود : كما لو وطىء أحد الشريكين الجارية المشتركة ؛ وان قتله بعد أن عفا أخوه عن القود نظرت — فان كان قد حكم الحاكم بسقوط القود — وجب القود على القاتل قولا واحداً • قال ابن الصباغ : سواء علم القاتل بذلك أو لم يعلم ؛ لأن بحكم الحاكم زالت الشبهة وحرم عليه قتله ؛ فهو كما لو قتل غير القاتل ؛ وان كان بعد عفو أخيه وقبل حكم الحاكم بسقوط القود نظرت — فان لم يعلم بعفو أخيه — فهل يجب القود على القاتل ؟ فيه قولان ، كما لو لم يعف أخوه •

قال الشيخ الإمام أبو حامد : الا أن الأصح هناك لا يجب عليه القود ؛ والأصح ها هنا أن عليه القود ؛ وان قتله بعد أن علم بعفو أخيه — فان قلنا يجب عليه القود اذا لم يعف أخوه فها هنا أولى ؛ وان قلنا هناك : لا يجب كان عليه القود لأنه على قول مالك لا يسقط القود هكذا صور المصنف المسألة ؛ ولكنا ننازعه فى عدم سقوط القود عند مالك ؛ لأن أهل العلم أجمعوا على اجازة العفو عن القصاص وأنه أفضل ، بالكتاب والسنة لقوله تعالى « فمن عفى له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان » وقوله تعالى « فمن تصدق به فهو كفارة له » قيل فى التفسير : فهو كفارة للجانى بعفو صاحب الحق عنه • وقيل هو كفارة للعافى بصدقته •

وأما السنة ففى سنن أبى داود عن أنس قال « ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع اليه شيء فيه قصاص الا أمر فيه بالعفو » فالقصاص حق لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأسباب والرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوه وسقط القصاص ؛ ولم يبق لأحد اليه سبيل ؛ بهذا قال عطاء والنخعى والحكم وحماد والثورى وأبو حنيفة وأحمد ؛ وروى ذلك عن عمر وطاوس والشعبى • وقال الحسن وقتادة والزهرى وابن شبرمة والليث والأوزاعى : ليس للنساء عفو والمشهور عن ذلك أنه موروث للعصبات خاصة ، وهو وجه لأصحابنا لأنه ثبت لدفع العار فاختص به العصبات كولاية النكاح •

ولنا وجه ثالث أنه لذوى الأنساب دون الزوجين لحديث أبى شريح الكعبى « فأهله بين خيرتين الخ » وذهب بعض أهل المدينة الى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء ؛ وقيل هو رواية عن مالك لأن حق غير العاف لا يرضى باسقاطه ؛ وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد . وبعد أن تحررت المسألة على هذا النحو نقول : انه على قول بعض أهل المدينة لا يسقط القود بعفو أحد الشريكين فصار ذلك شبهة فى سقوط القود عنه . وهذا ترتيب الشيخ أبى حامد .

وقال المسعودى : اذا قتله قبل عفو أخيه فهل يجب عليه القود ؟ فيه قولان فاذا قلنا : لا يجب فله معنيان (أحدهما) لاختلاف العلماء فى استيفاء أحدهما (والثانى) لأجل حقه فى القصاص ، وان قتله بعد عفو أخيه ، وهو عالم بعفوه فان قلنا هناك لا يجب فها هنا قولان — ان قلنا : العلة هناك اختلاف العلماء فلا قود ها هنا ؛ لأن الاختلاف موجود ؛ وان قلنا : العلة هناك حقه فى القصاص وجب عليه ها هنا القود . وان قتله جاهلا بعفو أخيه ؛ فان قلنا لا يجب عليه القود اذا كان عالما بعفو أخيه فها هنا أولى ؛ وان قلنا : هناك لا يجب فها هنا قولان ؛ ان قلنا : العلة هناك حقه فى القصاص وجب عليه ها هنا القود ، وان قتله جاهلا بعفو أخيه ؛ فان قلنا لا يجب عليه القود اذا كان عالما بعفو أخيه فها هنا أولى أن لا يجب . وان قلنا هناك يجب القود على القاتل فلوليه أن يقتص منه ؛ فاذا قتله وجب دية المقتول الأول فى تركة القاتل الأول ، نصفها للأخ الذى لم يقتل ونصفها لورثة أخيه المقتول .

وان قلنا لا يجب القود على الأخ القاتل فقد استوفى حقه وبقى حق أخيه ، وقد تعذر استيفاء حقه من القصاص فتكون له نصف دية أبيه ؛ وعلى من يرجع بها ؟ فيه قولان .

(أحدهما) يرجع بها على أخيه القاتل ؛ لأن نفس قاتل أبيه كانت لهما وديعة فأتلفها أحدهما ، فعلى هذا ان أبرأ أخاه صح ابراؤه ؛ وان أبرأ قاتل أبيه لم يصح ابراؤه .

(والقول الثانى) أنه يرجع بها فى تركة قاتل أبيه لأنه قود سقط الى

مال فوجب المال فى تركة قاتل الأب كما لو قتله أجنبى ؛ ويخالف الوديعة فانه لو أتلفها أجنبى لرجعا عليه بضمانها ؛ وههنا لو قتله أجنبى لم يرجعا عليه بشىء •

فعلى هذا ان أبرأ أخاه لم يصح ابراؤه ؛ وان أبرأ قاتل أبيه صح ابراؤه ويكون لورثة قاتل الأب أن يرجعوا على القاتل بنصف دية مورثهم لأنه لا يستحق الا نصف نفسه ، ومن أصحابنا من قال : لا يطالبون الأخ القاتل بشىء ؛ لأنهم ما غرموا ، وليس بشىء ، لأن الحق قد لزمهم فى الأصل ولزم القاتل له فى الأصل فاذا سقط عنهم لم يسقط عن الوارث فى تركته • والوجه الآخر أن الدية لمن له القصاص ، كما لو قتل المرهون كانت الدية مرهونة ، ولو عفا وارثه عن القصاص على الدية فالدية للوارث على الصحيح من المذهب وحق من له القصاص • ولو وجب القصاص على رجل فقتله أجنبى عنه كان عليه القصاص لأنه ترك القبض للورثة •

وان عفا الاخوان جميعا عنه ثم عادا فقتلاه أو عفا عنه أحدهما ثم عاد فقتله وجب القود قولا واحداً ؛ لأنه لم يبن للعاقل حق بعد عفوه ، فصار كما لو قتل أجنبياً فان كان القصاص لجماعة واختلفوا فيمن يقتص منهم أقرع بينهم • وهل يدخل فى القرعة من لا يحسن ؟ فيه وجهان حكاهما فى العدة (أحدهما) لا يدخل لأنه لا فائدة فيه (والثانى) يدخل لأنه يستنيب من شاء ؛ ومتى خرجت القرعة لأحدهم لم يستوف القصاص الا بتوكيل الباقين له •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ولا يجوز استيفاء القصاص الا بحضرة السلطان لانه يفتقر الى الاجتهاد ولا يؤمن فيه الحيف مع قصد التشفى ، فان استوفاه من غير حضرة السلطان عزره على ذلك •

ومن اصحابنا من قال : لا يعزر لانه استوفى حقه والمنصوص انه يعزر لانه افتيات على السلطان ، والمستحب ان يكون بحضرة شاهدين حتى لا ينكـر

المجنى عليه الاستيفاء ، وعلى السلطان ان يتفقد الآلة التى يستوفى بها القصاص ، فان كانت كالة منع من الاستيفاء بها لما روى شداد بن أوس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : ((ان الله كتب الاحسان على كل شىء ، فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة ، واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته)) وان كانت مسمومة منع من الاستيفاء بها لأنه يفسد البدن ويمنع من غسله ، فان عجل واستوفى بآله كالة أو بآلة مسمومة عزر ، فان طلب من له القصاص أن يستوفى بنفسه ، فان كان فى الطرف لم يمكن منه لأنه لا يؤمن مع قصد التشفى ان يجنى عليه بما لا يمكن تلافيه ، وان كان فى النفس فان كان يكمل للاستيفاء بالقوة والمعرفة مكن منه لقوله تعالى ((ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل انه كان منصورا)) ولقوله صلى الله عليه وسلم ((فمن قتل بعده قتيلا فاهله بين خيرتين ، ان أحبوا قتلوا ، وان أحبوا أخذوا الدية)) ولأن القصد من القصاص التشفى ودرك الغيظ فمكن منه ، وان لم يكمل للاستيفاء أمر بالتوكيل ، فان لم يكن من يستوفى بغير عوض استؤجر من خمس المصالح من يستوفى ، لأن ذلك من المصالح ، ان لم يكن خمس أو كان ولكنه يحتاج اليه لما هو أهم منه وجبت الأجرة على الجانى ، لأن الحق عليه فكانت اجرة الاستيفاء عليه كالبائع فى كيل الطعام المبيع .

فان قال الجانى انا اقتص لك بنفسى ولا اؤدى الأجرة لم يجب تمكينه منه ، لأن القصاص أن يؤخذ منه مثل ما اخذ ، ولأن من لزمه ايفاء حق لغيره لم يجز ان يكون هو المستوفى كالبائع فى كيل الطعام المبيع . فان كان القصاص لجماعة وهم من اهل الاستيفاء وتشاحوا اقرع بينهم ، لانه لا يجوز اجتماعهم على القصاص ، لأن فى ذلك تعذيبا للجانى ، ولا مزية لبعضهم على بعض فوجب التقديم بالقرعة .

فصل وان كان القصاص على امرأة حامل لم يقتص منها حتى تضع ، لقوله تعالى : ((ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل)) وفى قتل الحامل اسراف فى القتل ، لانه يقتل من قتل ومن لم يقتل . وروى عمران بن الحصين رضى الله عنه ((ان امرأة من جهينة اتت النبى صلى الله عليه وسلم وقالت : انها زنت وهى حبلى ، فدعا النبى صلى الله عليه وسلم وليها فقال له : احسن اليها فاذا وضعت فجىء بها ، فلما ان وضعت جاء بها ، فامر بها النبى فرجمت ، ثم امرهم فصلوا عليها)) واذا وضعت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبا لانه لا يعيش الا به ، وان لم يكن من يرضعه لم يجز قتلها حتى ترضعه حولين كاملين لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للغامدية ((اذهبى حتى ترضعيه)) ولانه لما اخر القتل لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه وهو مولود أولى ، وان وجد له مرضعة راتبة جاز ان يقتص لانه

يستغنى بها عن الأم . وان وجد مرضعات غير رواتب او وجدت بهيمة يسقى من لبنها . فالمستحب لولى الدم ان لا يقتص حتى ترضعه ، لأن اختلاف اللبن عليه والتربية بلبن البهيمة يفسد طبعه ، فان لم يصبر اقتص منها لأن الولد يعيش بالألبان المختلفة وبلبن البهيمة . وان ادعت الحمل قال الشافعى رحمه الله تحبس حتى يتبين امرها .

واختلف اصحابنا فيه فقال ابو سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه : لا تحبس حتى يشهد اربع نسوة بالحمل ، لأن القصاص وجب فلا يؤخر بقولها . وقال أكثر اصحابنا تحبس بقولها ، لأن الحمل وما يدل عليه من الدم وغيره يتعذر اقامة البينة عليه فقبل قولها فيه) .

الشرح حديث شداد بن أوس أخرجه مسلم فى الذبائح عن أبى بكر بن أبى شيبة . وأبو داود فى الأضاحى عن مسلم بن ابراهيم والترمذى فى الديات عن أحمد بن منيع ؛ والنسائى فى الضحايا عن على بن حجر ؛ وعن الحسين بن حريب وعن محمد بن عبد الله بن بزيغ وعن محمد بن نافع وعن ابراهيم بن يعقوب وابن ماجه فى الذبائح عن محمد بن المثنى ؛ وأحمد فى مسنده جـ ٢ ص ١٠٨ ، ومسند أبى داود الطيالسى الحديث ١١١٩ ؛ وحديث عمران بن الحصين أخرجه مسلم فى الحدود عن أبى غسان مالك بن عبد الواحد المسمعى ؛ وأبو داود فيه عن مسلم بن ابراهيم ؛ والترمذى فيه عن الحسن بن على ؛ والنسائى فى الجنائز عن اسماعيل بن مسعود ؛ وابن ماجه فى الحدود عن العباس بن عثمان ؛ وحديث العامرية مضى فى الرضاع .

أما اللغات فالقتلة بكسر القاف هى الهيئة وكذا الذبحة ، والآلة الكالة التى لا حد لها ماض والسيف الكليل منه .

اما الأحكام فمن وجب له القصاص لم يجز أن يقتص بغير اذن السلطان وبغير حضوره لاختلاف العلماء فى وجوب القصاص فى مواضع ، فلو قلنا : له أن يستوفيه من غير اذن السلطان لى يؤمن أن يقتص ممن لا يستحق فيه القصاص ؛ فان خالف واقتص بغير اذن السلطان فقد استوفى حقه .

قال الشافعى رضى الله عنه : ويعزر ولا شىء عليه ؛ وهو مذهب أحمد ؛

ومن أصحابنا من قال : لا يعــزر لأنه استوفى حقــه ، والأول أصح ؛ لأنه افتات على السلطان ، والمستحب أن يكون ذلك بحضرة شاهدين لئلا ينكر المقتص الاستيفاء ، فان اقتص بغير حضور شاهدين جاز لأنه استيفاء حق ؛ فلم يكن من شرطه حضــور الشهود كالدين ؛ ويتفقــد السلطان الآلة التى يستوفى بها القصاص فان كانت كالة منع من الاســتيفاء بها لقوله صلى الله عليه وسلم « اذا قتلتم فأحسنوا القتلة » فان استوفى فقد أساء ولا تعزير عليه . وان أراد الاستيفاء بآلة مسمومة . قال الشيخ أبو حامد : منع من ذلك . سواء كان فى الطرف أو فى النفس ؛ لأنه اذا كان فى الطرف سرى الى نفسه . وان كان فى النفس هرى بدنه ومنــع من غسله فان خالف واقتص بآلة مسمومة عزر .

وقال القفال : ان كان الإستيفاء فى الطرف منع منه ، وان كان فى النفس لم يمنع منه ، فان اقتص فى الطرف بآلة مسمومة وسرى ذلك الى نفســه وجب على المقتص نصف الدية ، لأنه مات من مباح ومحظور .

فــــرع اذا طلب من له القصاص أن يقتص بنفســه ــ فان كان القصاص فى النفس ، وكان يصلح للاستيفاء ــ مكنه السلطان من الاستيفاء لقوله تعالى « ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل » الآية ؛ ولقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعــده فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » وان كان لا يحسن الاســتيفاء أمر بالتوكيل ــ فان لم يوجد من يتطوع بالاستيفاء عنه بغير عوض ــ استأجر من يستوفى له القصاص .

وقال أبو حنيفة : لا تصح الإجارة على القصــاص فى النفس وتصح فى الطرف دليلنا أنه عمل معلوم فصحت الإجارة عليــه كالقصاص فى الطرف ؛ وان كان القصاص فى الطرف فقــال أصحابنا البغداديون : لا يمكن المجنى عليه أن يقتص بنفسه بل يؤمر بالتوكيل ؛ لأن الاقتصاص فى الطرف يحتاج الى التحفظ لئلا يستوفى أكثر من حقــه ، وقال الخراسانيون فيه وجهــان (أحدهما) لا يمكن من ذلك لما ذكرناه .

(والثانى) يمكن منه كما يمكن من استيفاء القصاص فى النفس ؛ والأول اصح ؛ لأن المقصود بالقتل ازهاق الروح ؛ ولا معنى للتحفظ بخلاف الطرف .

فرع يستحب للامام أن يقيم رجلا يقيم الحدود ويقتص للناس باذنهم ويرزقه من الأموال المعدة للخدمات العامة (ميزانية الخدمات) لأن هذا من المصالح والخدمات التى توفرها الدولة لنشر الأمن واقرار العدل ، وقد شبهه أصحابنا بأجرة الكيال والوزان فى الأسواق ؛ فان لم يكن هناك شىء من سهم المصالح أو كانت ميزانية لا تسمح للاحتياج لما هو أهم كبناء المستشفى أو تسليح المجاهدين كانت الأجرة على المقتص منه . هذا ما يفيده النظر فى نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودى : نص الشافعى رحمه الله على أن أجرة القصاص على المقتص منه ؛ ونص أن أجرة الجلاد فى بيت المال ؛ وهو قول أبى حنيفة لأنه استيفاء حق فكانت أجرة الاستيفاء على المستوفى ؛ كما لو اشترى طعاما وأراد نقله ، والأول أصح ، ومنهم من قال : يجب أجرة القصاص على المقتص منه ؛ وأجرة الجلاد فى بيت المال ؛ لأن فى القصاص الجانى مأمور بالإقرار بالجناية ليقتص منه ؛ وفى الحدود هو مأمور بالستر على نفسه .

فأن قال الجانى : أنا أقطع طرفى ولا أؤدى الأجرة ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ (أحدهما) يجب اجابته الى ذلك لأن المقصود قطع طرفه فلا تلحقه تهمة فى ذلك (والثانى) لا يجب اجابته الى ذلك ؛ ولم يذكر المصنف غيره ؛ لأن المقصود بالقصاص التشفى وذلك لا يحصل بفعل الجانى ؛ وانما يحصل بفعل المجنى عليه أو من ينوب عنه غير الجانى .

فرع اذا وجب القصاص على امرأة حامل لم يجز قتلها قبل أن تضع ؛ لقوله تعالى « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل » وفى قتلها فى هذه الحالة اسراف ، لأنه يقتل من قتل ومن لم يقتل ، لحديث عمران بن الحصين « أن امرأة من جهينه أتت النبى صلى الله

عليه وسلم فأخبرته أنها ازنت وهى حبلى ؛ فأمر النبى صلى الله عليه وسلم وليها أن يحسن اليها حتى تضع فلما وضعت جىء بها فرجمت وأمرهم فصلوا عليهـا » •

وروى أن عمر رضى الله عنه أمر بقتل امرأة بالزنا وهى حامل ، فقال له معاذ بن جبل رضى الله عنه « ان كان لك سبيل عليها فليس لك سـبيل على ما فى بطنها ، يعنى حملها ، فترك عمر قتلها ، وقال كاد النساء أن يعجزن أن يلدن مثلك يا معاذ » •

اذا ثبت هذا فولدت لم تقتل حتى تسقى الولد اللبأ ؛ لأنه لا يعيش الا به فاذا سقته اللبأ نظرت ؛ فان لم توجد امرأة راتبة ترضعه ؛ وانما وجد جماعة نساء يتناوبنه فى الرضاع ؛ أو وجدت بهيمة يسقى من لبنها ؛ فالمستحب ألا يقتص حتى ترضـعه أمه حولين ؛ لأن على الولد ضررا باختـلاف لبن المرضعات ، ولبن البهيمة يغير طبعه ، فان اقتص منها جاز ، لأن بدنه يقوم بذلك ؛ فان لم يوجد من يرضعه ولا وجدت بهيمة يسقى لبنها لم يجز للولى أن يقتص منها الى وقت يستغنى عن لبنها ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال للغامرية « اذهبى حتى ترضعيه » ولأنه اذا وجب تأخير القصاص لأجله وهو حمل ، فلأن يجب تأخيره لأجله بعد الوضع أولى •

قال الشيخ أبو حامد : قال أصحابنا : فان خالف الولى واقتص من الأم فى هذه الحالة ثم مات الطفل فهو قاتل عمد ، وعليه القود ؛ لأنه بمشـابة من حبس رجلا ومنعه الطعام والشراب حتى مات ؛ فانه قاتل عمد ويجب عليـه القود ؛ هذا نقل أصحابنا البغداديين • وقال المسعودى : اذا وجد من ترضعه فان كان القتل لله كالرجم فى الزنا لم تقتل حتى تنقضى مدة الرضاع ، وان كان للآدمى قتلت •

فـــرع اذا وجب على المرأة القتل فادعت أنها حامل قال الشافعى رحمه الله : تحبس حتى يتبين أمرها ؛ واختلف أصحابنا فى ذلك فقـال أبو سعيد الإصطخرى : لا تحبس حتى يشهد أربع قوابل أنهـا حبلى ؛ فان لم

يشهدن بأنها حبلى قتلت فى الحال لأن القصاص قد وجب فلا يؤخرها بقولها ؛ وقال أكثر أصحابنا تحبس وان لم يشهدن أنها حبلى لأن للحمل أمارات ظاهرة يشاهدنها القوابل ؛ وأمارات خفية لا يعلم ذلك منها الا نفسها ، فوجب حبسها الى أن يتبين أمرها •

فرع فان مكن الإمام أو الحاكم المقتص من الحامل فقتلها فالكلام فى الإثم والضمان والكفارة ؛ فأما الإثم فان كان الحاكم والمقتص عالمين بأنها حامل أثما • وان كانا جاهلين بحملها لم يأثما • وان كان أحدهما عالما بحملها والآخر جاهلا به أثم العالم منهما دون الجاهل •

وأما الضمان والكفارة فننظر فيه فان كان لما قتلت الحامل لم يخرج الجنين من بطنها ضمن ، وان خرج من بطنها ، فان خرج حيا ثم مات ففيه دية كاملة وكفارة ، وان خرج ميتاً ففيه غرة عبد أو أمة وكفارة ؛ وأما من يجب عليه الضمان والكفارة فان كانا عالمين بحملها فالضمان والكفارة على الإمام والحاكم دون الولى ، ؛ لأنه هو الذى مكنه من الاستيفاء ؛ ولأن الحاكم هو الذى يعرف الأحكام وانما يرجع الولى الى اجتهاده • وهكذا ان كان الحاكم هو العالم بحملها دون الولى فالضمان والكفارة على الولى دون الحاكم اذا لم يعلم فلم يسلطه على اتلاف الحمل ، وان كانا جاهلين بحملها ففيه وجهان :

(أحدهما) أن الضمان والكفارة على الولى لأن الحاكم اذا لم يعلم سقط عنه حكم الاجتهاد فيه والولى هو المباشر فلزمه الضمان • هكذا ذكر ابن الصباغ وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق وصاحب الفروع اذا كانا جاهلين بأن ذلك لا يجوز فالضمان والكفارة على الإمام قولا واحداً ؛ وان كانا عالمين بأن ذلك لا يجوز ففيه وجهان :

قال أبو اسحاق : الضمان والكفارة على الإمام لأنهما فى العلم سواء ؛ وللامام مزية فى التمكين •

وقال غيره من أصحابنا : يكون الضمان والكفارة على الولى لأنه هو

المباشر • وان كان أحدهما عالما والآخر جاهلا ؛ فالضمان على العـــالم منهما دون الجاهل • وقال المزنى : فالضمان على عاقلته ، ســـواء علم القاضى أو جهل ، وان كان الولى جاهلا ففيه وجهان ، سواء علم القاضى أو جهل بناء على القولين فى اطعام الطعام فان قلنا : ان ضمانه على الطاعم فالضمان ههنا على الولى ، وان قلنا : على المطعم كان الضمان ها هنا على الحاكم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان كان القصاص فى الطرف فالمستحب ان لا يســـتوفى الا بعد استقرار الجناية بالاندمال أو بالسراية الى النفس ، لما روى عمـــرو ابن دينار عن محمد بن طلحة قال « طعن رجل رجلا بقرن فى رجله ، فجاء للنبى صلى الله عليه وسلم فقال اقدنى ، فقال دعه حتى يبرا ، فاعادها عليه مرتين او ثلاثا ، والنبى صلى الله عليه وسلم يقول حتى يبرا ، فابى فاقاده منه ، ثم عرج المستقيد فجاء النبى صلى الله عليه وسلى فقال برىء صاحبى وعرجت رجلى ، فقـــال النبى صلى الله عليـــه وســـلم لا حق لك ، فذلك حين نهى ان يستقيد احد من جرح حتى يبرا صاحبه ، فان استـــوفى قبـــل الاندمال جاز للخبر • وهل يجوز اخذ الأرش قبل الاندمال ؟ فيه قولان :

(احدهما) يجوز كما يجوز استيفاء القصاص قبل الاندمال •

(والثانى) لا يجوز لأن الارش لا يستقر قبـــل الاندمال ، لانة قد يسرى الى النفس ويدخل فى دية النفس ، وقد يشـــاركه غيره فى الجنـــاية فينقص بخلاف القصاص ، فانه لا يسقط بالسراية ولا تؤثر فيه المشاركة ، فاذا قلنا يجوز ففى القدر الذى يجوز اخذه وجهان :

(احدهما) يجوز اخذه بالغا ما بلغ لانه قد وجب فى الظاهر فجاز اخذه •
(والثانى) وهو قول ابى اسحاق انه ياخذ اقل الأمرين من ارش الجناية او دية النفس ، لان ما زاد على دية النفس لا يتيقن استقراره ، لانه ربما سقط ، فعلى هذا ان قطع يديه ورجليه وجب فى الظـــاهر ديتان وربمـــا سرت الجنـــاية الى النفس فرجع الى دية فاخذ دية ، فان سرت الجناية الى النفس فقد اخذ حقه، وان اندملت اخذ دية اخرى •

فصـــل وان قلع سن صغير لم يثغر او سن كبير قد اثغر ، وقال اهل الخبرة : انه يرجى ان ينبت الى مدة لم يقتص منه قبل الاياس مـــــن

نباته ، لانه لا يتحقق الاتلاف فيه قبل الاياس كما لا يتحقق اتلاف الشعر قبل الاياس من نباته فان مات قبل الاياس لم يجب القصاص . لأنه لم يتحقق الاتلاف فلم يقتص مع الشك) .

الشرح حديث عمرو بن دينار عن محمد بن طلحة أخرجه الشافعي والبيهقي في السنن الكبرى هكذا مرسلا ؛ ومحمد بن طلحة ثقة محتج به ولا عبرة بقول النسائي « ليس بالقوي » أو قول ابن معين : ثلاثة يتقي حديثهم محمد بن طلحة الخ ذلك لأنه صدوق مشهور محتج به في الصحيحين .

وقال أبو زرعة « صدوق » على أن هذا الخبر قد ورد متصلا ومرسلا من طرق بعضها بلفظ المصنف وبعضها بمعناه ، فعند أحمد والدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رجلا طن رجلا بقرن في ركبته فجاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال أقدني ، فقال : حتى تبرأ ، ثم جاء اليه فقال : أقدني فأقاده ثم جاء اليه فقال يا رسول الله عرجت ؟ قال قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل عرجك ، ثم نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه » .

وروى الدارقطني عن جابر « أن رجلا جرح فأراد أن يستقيد فنهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يستقاد من الجارح حتى يبرأ المجروح » وأخرجه أبو بكر ابن أبي شيبة عن ابن علية عن عمرو بن دينار عن جابر ، وأخرجه عثمان بن أبي شيبة بهذا الإسناد . وقال الدارقطني : أخطأ فيه ابنا أبي شيبة وخالفهما أحمد بن حنبل وغيره ، فرووه عن ابن علية عن أيوب عن عمرو مرسلا . وكذلك قال أصحاب عمرو بن دينار عنه وهو المحفوظ ، يعني المرسل ؛ وأخرجه أيضاً البيهقي من حديث جابر مرسلا باسناد آخر وقال : تفرد به عبد الله الأموي عن ابن جريج وعنه يعقوب بن حميد ؛ وأخرجه أيضاً من وجه آخر عن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « تقاس الجراحات ثم يتأنى بها سنة ثم يقضى فيها بقدر ما انتهت اليه » وفي اسناده ابن لهيعة . وكذا رواه جماعة من الضعفاء عن أبي الزبير .

وقد استدل بهذه الأحاديث القائلون بوجوب الانتظار الى أن يبرأ الجرح ويندمل ثم يقتص المجروح بعد ذلك ؛ وبه قال أبو حنيفة ومالك والمذهب عندنا أنه مندوب اليه فقط •

دليلنا حديث محمد بن طلحة الذى سقنا طرقه آنفا ؛ وهو يدل بمفهومه عن تمكينه صلى الله عليه وسلم الرجل المطعون بالقرن قبل البرء •

واستدل القائلون بالوجوب بحديث « اصبروا حتى يسفر الجرح » عندما طعن رجل حسان بن ثابت فاجتمعت الأنصار ليأخذ لهم النبى صلى الله عليه وسلم القصاص ؛ فقال انتظروا حتى يبرأ صاحبكم ثم أقتص لكم ؛ فبرىء حسان ثم عفا قال العلامة الشوكانى وهذا الحديث ان صح فحديث عمرو بن شعيب قرينة لصرفه عن معناه الحقيقى الى معناه المجازى ، كما أنه قرينة لصرف النهى المذكور فى حديث جابر الى الكراهة •

وأما ما قيل من أن ظهور مفسدة التعجيل للنبى صلى الله عليه وسلم قرينة أن أمره الأنصار بالانتظار للوجوب ؛ لأن دفع المفاسد واجب ؛ كما قال فى ضوء النهار ؛ فيجاب عنه بأن محل الحجة هو اذنه صلى الله عليه وسلم قبل الاندمال ، وهو لا يأذن الا بما كان جائزا ،وظهور المفسدة غير قادح فى الجواز المذكور ، وليس ظاهرها بكلى ولا أكثرى حتى تكون معلومة عند الاقتصاص قبل الاندمال ؛ لأن لفظ « ثم » يقتضى الترتيب ؛ فيكون النهى الواقع بعدها ناسخا للإذن الواقع قبلها ا هـ •

اذا ثبت هذا فانه اذا قطع طرفه وأراد المجنى عليه أن يقتص فالمستحب له أن لا يقتص حتى تستقر الجناية بالاندمال أو السراية الى النفس ؛ فان عفا عن القود وطلب الأرش قبل الاستقرار فهل يعطى الأرش ؟ فيه قولان • (أحدهما) يعطى كما يجوز له استيفاء القصاص • (والثانى) لا يعطى لأن الأرش لا يستقر قبل الاندمال لأنه ربما سرى الى النفس فدخل فى ديتها أو يشارك غيره فى الجناية فمات من الجميع ؛ فاذا قلنا : يعطى قبل الاندمال فكم يعطى ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يعطى أقل الأمرين من أرش الجنـاية أو دية النفس ؛ لأن ما زاد على دية النفس لا يتيقن استقراره قبل الاندمال .

(والثاني) يعطى أرش الجناية بالغاً ما بلغ ؛ لأنه قد وجب له في الظاهر ؛ فان اقتص المجنى عليه قبل الاندمال ؛ ثم سرت الجناية على المجنى عليه الى عضو آخر واندمل كانت السراية مضمونة بالدية .

وقال أحمد رحمه الله : لا تكون مضمونة لقوله صلى الله عليه وسلم : « اذهب فلا حق لك » ودليلنا أن هـذه جناية مضمونة كما لو لم يقتص ؛ والحديث محمول على أنه أراد صلى الله عليه وسلم لا حق لك في القصاص.

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل اذا قتل بالسيف لم يقتص منه الا بالسيف لقوله تعالى : « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ولان السيف اوحى الآلات ، فاذا قتل به واقتص بغيره اخذ فوق حقه ، لان حقه في القتل وقد قتل وعذب ، فان احرقه او غرقه او رماه بحجر ، او رماه من شـاهق او ضربه بخشب ، او حبسه ومنعه الطعام والشراب فمات ، فللولى ان يقتص بذلك لقوله تعالى « وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به » ولما روى البراء رضى الله عنه « ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : من حرق حرقناه ومن غـرق غرقناه » ولان القصاص موضوع على المماثلة والمماثلة ممكنة بهذه الاسباب ، فجاز ان يستوفى بها القصاص ، وله ان يقتص منه بالسيف ، لانه قد وجب له القتل والتعذيب ، فاذا عدل الى السيف فقد ترك بعض حقه فجاز . فان قتله بالسحر قتل بالسيف ، لأن عمل السـحر محرم فسقط وبقى القتـل فقتـل بالسيف .

وان قتله باللواط او بسقى الخمر ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق انه ان قتله بسقى الخمر قتله بسـقى الماء . وان قتله باللواط فعل به مثل ما فعله بخشبة ، لانه تعذر مثله حقيقة ففعل به ما هو اشبه بفعله .

(والثاني) انه يقتل بالسيف لانه قتله بما هو محرم في نفسـه فاقتص

بالسيف كما لو قتله بالسحر ، وان ضرب رجلا بالسيف فمات فضرب بالسيف فلم يمت كرر عليه الضرب بالسيف ، لأن قتله مستحق وليس ههنا ما هو اوحى من السيف فقتل به ، وان قتله بمثقل او رماه من شاهق او منعه الطعام والشراب مدة ففعل به مثل ذلك فلم يمت ففيه قولان :

(احدهما) يكرر عليه ذلك الى ان يموت كما قلنا فى السيف .

(والثانى) انه يقتل بالسيف ، لانه فعل به مثل ما فعل وبقى ازهاق الروح فوجب بالسيف ، وان جنى عليه جناية يجب فيها القصاص بأن قطع كفه أو أوضح راسه فمات فللولى ان يستوفى القصاص بما جنى فيقطع كفه ويوضح راسه لقوله تعالى ((والجروح قصاص)) فان مات به فقد استوفى حقه ، وان لم يمت قتل بالسيف ، لانه لا يمكن ان يقطع منه عضوا آخر ، لانه يصير قطع عضوين بعضو وأيضاح موضحتين بموضحة ، وان جنى عليه جناية لا يجب فيها القصاص ، كالجائفة وقطع اليد من الساعد فمات منه ففيه قولان :

(احدهما) يقتل بالسيف ولا يقتص منه فى الجائفة ولا فى قطع اليد من الساعد ، لانه جناية لا يجب فيها القصاص فلا يستوفى بها القصاص كاللواط .

(والثانى) يقتص منه فى الجائفة وقطع اليد من الساعد ، لانه جهة يجوز القتل بها فى غير القصاص ، فجاز القتل بها فى القصاص ، كالقطع من المفصل وحز الرقبة ، فان اقتص بالجائفة أو قطع اليد من الساعد فلم يمت قتل بالسيف لانه لا يمكن ان يجاف جائفة اخرى ، ولا ان يطع منه عضو آخر فتصير جائفتان بجائفة ، وقطع عضوين بعضو) .

الشرح حديث البراء بن عازب ذكره الحافظ فى تلخيص الحبير فى كتاب الجراح من باب ما جاء فى التشديد فى القتل الحديث ١٦٣١ ((من حرق حرقناه ومن غرق أغرقناه)) هكذا بالتضعيف فى الماضي وبالهمز فى المضارع وقال أخرجه البيهقى فى المعرفة من حديث عمران بن نوفل بن زيد ابن البراء عن أبيه عن جده ، وقال : فى الإسناد بعض من يجهل ، وانما قاله زياد فى خطبته اهـ .

وقال فى الدراية فى تخريج أحاديث الهداية : حديث من غرق غرقناه . البيهقى من رواية عمران بن يزيد بن البراء عن أبيه عن جده بهذا وفيه : من حرق حرقناه ومن عرض عرضنا له . وفى اسناده من لا يعرف اهـ .

قلت وقد رجعت الى كتب الرجال فلم أجد ذكراً لعمران بن نوفل ، ولا نوفل بن زيد ولا زيد بن البراء ؛ ثم عدت الى الرواية الأخرى التى ذكرها فى الدراية فلم أجد الا ذكر عمران بن يزيد موصوفاً بالجهالة ، أو مولى كان للقرشيين فيهم أما يزيد بن البراء فقد قال فى التقريب « صدوق من الثالثة » •

اما الأحكام فانه اذا قتل بالسيف لم يقتص منه الا بالسيف لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ولأنه أوحى الآلات ؛ وان حرقه أو غرقه أو رماه بحجر أو من شاهق فمات أو ضربه بخشبة أو حبسه ومنعه الطعام والشراب حتى مات ، فللولى أن يقتص منه بهذه الأشياء ؛ وبه قال مالك وأما أبو حنيفة فانه يقول : هذه الجنايات لا توجب القصاص الا التحريق بالنار فانه يوجب القصاص ، ولكن لا يجوز أن يقتص منه الا بالسيف ، دليلنا قوله تعالى « من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ولحديث « أن يهودياً رض رأس جارية من الأنصار بين حجرين فوجدت وبها رمق ؛ فقيل من فعل بك هذا ؟ فلان ؟ فأومأت أن لا الى أن سئلت عن اليهودي فأومأت برأسها أى نعم ، فأخذوا اليهودى فاعترف ، فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فرضخ رأسه بين حجرين » ولأنها آلة يجوز بها قتل المشركين فجاز استيفاء القصاص بها كالسيف وللولى أن يقتله بالسيف لأنه أوحى وأروح من التعذيب •

أما اذا قتله بالسحر فانه يقتله بالسيف لأن السحر ليس سلاحاً فى الاسلام لقتال المشركين ؛ وليس آلة للقصاص وليس له مثله •

أما اذا قتله باللواط فهل يجب فيه القصاص ؟ فيه وجهان حكاهما أصحابنا الخراسانيون (أحدهما) لا يجب فيه القصاص ، لأن المقصود به طلب اللذة فكان عمد خطأ (والثانى) وهو قول البغداديين ــ وهو الأصح ــ أنه يجب به القصاص لأنه قتله بما يقتل مثله غالبا فوجب عليه القصاص ؛ كما لو قتله بالسيف • فعلى هذا فى كيفية استيفاء القصاص منه وجهان :

(أحدهما) يقتل بسيف لأن اللواط محرم فقتل بالسيف كالسحر •

(والثانى) يعمل به مثل ما عمل بخشبة الى أن يموت ، لأنه أقرب الى فعله ، وان قتله بشرب الخمر وجب عليه القصاص ، وكيف يستوفى منه القصاص ؟ فيه وجهان (أحدهما) يقتل بالسيف لأن الخمر محرم فهو كالسحر (والثانى) يقتل بشرب الماء لأنه أقرب الى فعله .

فأما حديث « لا قود الا بالسيف » فقال أحمد : ليس بجيد ، هكذا نقله ابن قدامة فى المغنى .

اذا ثبت هذا فانه ان ضربه بالسيف فلم يمت فانه يوالى عليه الضرب الى أن يموت لأنه أوحى الآلات ، وان فعل به مثل ما فعل به من الضرب بالمثقل والرمى من شاهق أو منعه من الطعام والشراب مثل الذى منعه فلم يمت ففيه قولان (أحدهما) يكرر عليه ذلك الى أن يموت ، كما قلنا فى السيف .

(والثانى) لا يكرر عليه ذلك بل يقتله بالسيف لأنه قد فعل به مثل ما فعل به ، ولم يبق الا ازهاق الروح فوجب بالسيف ، وان جنى عليه جناية يجب فيها القصاص بأن أرضخ رأسه أو قطع يده أو رجله من المفصل فمات فللمجنى عليه أن يرضخ رأسه ويقطع يده .

وقال أبو حنيفة : ليس له قطع الطرف ، وهو احدى الروايتين عن أحمد ، لأن ذلك يفضى الى الزيادة على ما جناه الأول ، والقصاص يعتمد المماثلة ، فمتى خيف فيه الزيادة سقط ، كما لو قطع يده من نصف الذراع والرواية الثانية عن أحمد يجب القصاص فى الطرف فان مات به والا ضربت عنقه .

قلت هذا هو مذهبنا لأنه ليس بزيادة لأن فوات النفس بسراية فعله وسراية فعله كفعله ، فأشبه ما لو قطعه ثم قتله ، ولأن زيادة الفعل فى الصورة محتمل فى الاستيفاء ، كما لو قتله بضربه فلم يمكن قتله فى الاستيفاء الا بضربتين ، فان جنى عليه جناية مثل أن هشم رأسه أو أجافه أو قطع يده من بعض الساعد أو العضد فمات ففيه قولان :

(أحدهما) لا يجوز له الاقتصاص بهذه الجنايات بل يقتله بالسيف لما روى العباس بن عبد المطلب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ليس فى المنقلة قصاص » ولأنها جناية لا يجب بها القصاص اذا لم تسر الى النفس ، فلم يجب بها القصاص وان سرت الى النفس كاللواط (والثانى) يجوز له الاقتصاص به لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » ولقوله تعالى « والجروح قصاص » ولأنها جراحة يجوز لها قتل المشرك فجاز استيفاء القصاص بها كالقتل بالسيف ، فعلى هذا اذا فعل به مثل ما فعل به فلم يمت قتله بالسيف لأنه قد فعل به مثل ما فعل به ، ولم يبق الا ازهاق الروح فكان بالسيف .

فرع اذا أوضحته بالضرب بالسيف أو بالرمى بالحجر لم يوضحه بضرب السيف أو بالرمى بالحجر ، بل يوضحه بحديدة ماضية بعد أن يضبط الجانى ، لأنه يستوفى منه أكثر مما جناه .

مسألة اذا جنى عليه جناية ذهب بها ضوء العين نظرت فان كانت جناية لا يجب فيها القصاص كالهاشمة والمنقلة لم يقتص منه بالهاشمة والمنقلة لأنه لا يجب فيها القصاص ، ولكن يذهب ضوء العين بكافور يطرح فى العين أو بادناء حديدة حامية اليها ، لأن ذلك أسهل ما يمكن ، ولا يقلع الحدقة لأنه لم يقلع حدقته ، وان كانت جناية يجب فيها القصاص كالموضحة اقتص منه فى الموضحة ، فان ذهب ضوء العين فقد استوفى حقه ، وان لم يذهب الضوء عولج الضوء بما يذهبه بالكافور أو بادناء الحديدة الحامية من العين على ما مضى .

وان لطمه فأذهب ضوء عينه فهل له أن يلطمه ؟ اختلف أصحابنا فيها فقال الشيخ الإمام أبو اسحاق المروزى [1] ليس له أن يلطمه ، وانما يعالج اذهاب الضوء بما ذكرناه لما روى يحيى بن جعدة أن أعرابيا قدم بجلوبة

---

(١) اذا قال النووى (الامام) وأطلق انصرف الى امام الحرمين أبى المعالى الجوينى ، واذا قال الشيخ أبو اسحاق الشيرازى (الامام او الشيخ الامام) وأطلق انصرف ذلك الى الشيخ ابى اسحاق المروزى .

(وهو ما يجلب للبيع من بعيد وضبطها بعض الفقهاء بحلوبة) له الى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان فنازعه فلطمه ففقأ عينه ، فقال له عثمان : هل لك أن أضعف لك الدية وتعفو ؟ فأبى فرفعهما الى على فقضى بما حكاه المصنف. وقد كانت المرايا تصنع من الحديد المصقول يتراءى فيها الإنسان وجهه ؛ ولأن اللطم لا يمكن اعتبار المماثلة فيه . ولهذا لو انفرد باذهاب الضوء لم يجب فيه القصاص وقال الشيخ أبو حامد الإسفراييني يلطمه كما لطمه ؛ وهو المنصوص فى الأم ، فان ذهب ضوء عينه فقد استوفى حقه وان لم يذهب الضوء عولج بما يذهب الضوء لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » .

قال الشافعي : فان لطمه الجانى فأذهب ضوء عينه وابيضت عينه وشخصت يعنى ارتفعت ؛ فانه يلطمه مثله ، فان أذهب ضوء عينه فابيضت وشخصت فقد استوفى حقه ، وان لم تبيض ولم يشخص — فان أمكن معالجة العين حتى يبيض ويشخص — فعل ؛ وان لم يمكن فلا شيء عليه ؛ لأن الجناية انما هى ذهاب العين . فأما البياض والشخوص فانما هو شين . والشين لا يوجب شيئا ، كما لو شجه موضحة فاقتص منه مثلها ثم برىء — أى المجنى عليه — وبقى عليه شين وبرىء رأس الشاج ولا شين عليه ، فانه لا يجب له شيء فكذلك هذا مثله . وان قلع عينه بأصبعه — فان قلع المجنى عليه عينه بحديدة جاز — لأنه أوحى وان أراد أن يقلع عينه بأصبعه ففيه وجهان .

(أحدهما) له ذلك لقوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » .

(والثانى) ليس له ذلك لأنه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان اوضح رأسه بالسيف اقتص منه بحديدة ماضية كالموسى ونحوه ، ولا يقتص منه بالسيف لأنه لا يؤمن ان يشم العظم .

فصـــــل وان جنى عليه جناية ذهب منها ضوء عينيه نظرت ـ فان كانت جناية لا يجب فيها القصاص كالهاشمة ـ عولج بما يزيل ضوء العين من كافور يطرح فى العين او حديدة حامية يقرب منها ، لانه تعذر استيفاء القصاص فيه بالهاشمة ولا يقلع الحدقة لانه قصاص فى غير محل الجناية فيدل الى أسهل ما يمكن كما قلنا فى القتل باللواط ، وان كانت جناية يمكن فيها القصـــــاص كالموضحة اقتص منه فان ذهب الضوء فقد استوفى حقه ، وان لم يذهب عولج بما يزيل الضوء على ما ذكرناه فى الهاشمة ، وان لطمه فذهب الضوء فقد قال بعض اصحابنا : انه يلطم كما لطم فان ذهب الضوء فقد استوفى حقه ، وان لم يذهب عولج على ما ذكرناه ، وقال الشيخ الامام : ويحتمل عندى انه لا يقتص منه باللطمة بل يعالج بما يذهب الضوء على ما ذكرناه فى الهاشمة . والدليـــل عليه ما روى يحيى بن جعدة ان اعرابيا قدم بحلوبة له الى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان بن عفان رضى الله عنه ، فنازعه فلطمه ففقا عينه ، فقال له عثمان : هل لك ان اضعف لك الدية وتعفو عنه ؟ فأبى فرفعهما الى على ، فدعا على رضى الله عنه بمرآة فأحماها ثم وضع القطن على عينه الأخرى ، ثم اخذ المرآة بكلبتين فادناها من عينه حتى سال انسان عينه » ولأن اللطم لا يمكن اعتبار المماثلة فيه، ولهذا لو انفرد من اذهاب الضـــوء لم يجب فيـــه القصـــاص ، فلا يستوفى به القصاص فى الضوء كالهاشمة .

وان قلع عين رجل بالأصبع فأراد المجنى عليه ان يقتص بالأصبع ففيــــــه وجهان : (احدهما) انه يجوز لأنه يأتى على ما تأتى عليه الحديدة مع المماثلة (والثانى) لا يجوز لأن الحديدة أرجى فلا يجوز بغيره) .

الشرح اذا وجب له القصاص بالسيف فان الحاكم يمكن الولى من ضرب عنق الجانى ؛ فان ضرب عنقه بالسيف فأبانه فقد استوفى حقه ؛ وان ضربه فى غير العنق ؛ فان مات فقد استوفى حقه ، وان لم يمت سئل عن ذلك ؛ فان قال تعمد ضرب ذلك الموضع عزره الحاكم لقوله تعـــالى « فلا يسرف فى القتل انه كان منصوراً » معناه لا يمثل به فى القتل ؛ وقيل معناه لا يقتل غير قاتله ويؤمر أن يوكل من يقتص له ولا يلزمه ضـــمان ؛ لأن له اتلاف جملته .

وان قال أخطأت — فان ضرب موضعا يجوز أن يخطىء فى مثله ، مثل أن يصاب الكتف وما يلى الرأس من العنق فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن ما يدعيه ممكن ولا تعزير عليه ، وان أصاب موضعا لا يجوز أن يخطىء فى مثله ، مثل أن ضرب وسط رأسه وظهره او رجله لم يقبل قوله ؛ لأنه خلاف الظاهر ويعزر ولا يضمن ايضا ، فان قال لا أحسن الاقتصاص أمرنا بالتوكيل • وان قال أنا أحسن وطلب أن يقتص بنفسه فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى موضع ليس له ذلك ويؤمر بالتوكيل • وقال فى موضع يمكن نائباً من الاقتصاص ؛ فاختلف أصحابنا فيه ؛ فمنهم من قال فيه قولان : (أحدهما) لا يمكن لأنه لا يؤمن مثل ذلك منه (والثانى) يمكن لأن الظاهر أنه لا يعود الى مثله ؛ ومنهم من قال ليست على قولين ، وانما هى على اختلاف حالين ، فحيث قال : يؤمر بالتوكيل أراد اذا كان لا يحسن ولا يوجد منه قبل ذلك ، وحيث قال يمكن أراد به اذا علم منه أنه يحسن الاستيفاء •

فــــرع وان وجب له ألقصاص فى أنملة فاقتص فى أنملتين — فان كان عامداً — وجب عليه القصاص ؛ وان كان مخطئاً وجب عليه الأرش دون القود وان استوفى أكثر من حقه باضطراب الجـانى لم يلزم المقتص شىء ، لأنه حصل بفعل الجانى فهدر •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل **وان وجب له القصاص بالسيف فضربه فاصاب غير الموضع وادعى انه اخطأ — فان كان يجوز فى مثله الخطا — فالقول قوله مع يمينه ، لأن ما يدعية محتمل • وان كان لا يجوز فى مثله الخطا لم يقبل قوله ولا يسمع فيه يمينه ، لانه لا يحتمل ما يدعيه ، وان اراد أن يعود ويقتص فقد قال فى موضع : لا يمكن ، وقال فى موضع : يمكن •**

ومن أصحابنا من قال : هما قولان (احدهما) لا يمكن لانه لا يؤمن مثله فى الثانى (والثانى) انه يمكن لأن الحق له ، والظاهر انه لا يعود الى مثلة • ومن أصحابنا من قال ان كان يحسن مكن لأن الظاهر انه لا يعود الى مثله ، وان لم يحسن لم يمكن لانه لا يؤمن ان يعود لمثله • وحمل القولين على هذين الحالين وان وجب له القصاص فى موضحة فاستوفى اكثر من حقه او وجب له القصاص

في نملة فقطع انملتين ــ كان عامداً ــ وجب عليه القود في الزيادة ، وإن كان خطأ وجب عليه الأرش ، كما لو فعل ذلك في غير القصاص ، وإن استوفى أكثر من حقه باضطراب الجاني لم يلزمه شيء ، لأنه حصل بفعله فهدر .

فصـــــل **ان اقتص من الطرف بحديدة مسمومة فمات لم يجب عليه القصاص لأنه تلف من جائز وغير جائز ، ويجب نصف الدية لأنه هلك من مضمون وغير مضمون فسقط النصف ووجب النصف) .**

الشرح اذا وجب له القصاص في اليمين فقال المقتص للجاني : أخرج يمينك لأقطعها ، فأخرج الجاني يســاره فقطعها المقتص ، نظرت في الجاني ــ فان قال : تعمدت اخراج اليسار وعلمت أن قطعها لا يجزىء عن اليمين فلا قود على المقتص ولا دية ، سواء علم المقتص أنها اليســار أو لم يعلم ؛ لأنه قطعها ببذل صاحبها فهو كما لو قال : اقطع يدي فقطعها ، غير أن المقتص ان كان عالماً بأنها اليسار عزر لأنه فعل فعلا محرماً ، وان لم يعلم لم يعزر ، وسواء أذن الجــاني في قطعها أو قال له المقتص : أخرج يمينك لأقطعها فأخرج يساره وهو ساكت ومدها فقطعها المقتص لأنه بذلها باخراجها اليه لا على سبيل العوض ، والفعل في ذلك يقوم مقام النطق ، كما لو دفع الى رجل صرة وقال ارمها في البحر فأخذها .

ضمان عليه : وكذلك لو قال : ادفع الى صرتك لأرميها في البحر فدفعها اليه وهو ساكت فرماها فو ضمان عليه ، وكما لو قدم اليه طعاماً وقال : كله ، وهو كما لو استدعى منه الطعام فقدمه أليه فأكله ، فان مات المقطوع يساره من قطعها ، فلا قود على المقتص .

وقال ابن الصباغ : ولا يجب عليه دية النفس ، وهل تجب الكفارة على المقطوعة يساره ؟ قال المسعودي : فيه وجهان بناء على الوجهين فيمن قتــل نفسه . وطريقة أصحابنا البغداديين أن من قتل نفسه تجب عليه الكفارة وجهاً واحداً فعلى هذا يجب عليه الكفارة ها هنا .

وان قال المقتص منه : وقع في سمعي أنه قال : أخرج يسارك فأخرجها ، أو سمعت أنه قال : أخرج يمينك ، ولكن دهشت فأخرجت اليسار وظننتها

اليمين : وأخرجت اليسار عامداً لكن ظننت أن قطعها يجزىء عن اليمين نظرت فى المقتص فان لم يعلم أنها اليسار فلا قود عليه للشبهة • وهل تجب عليه الدية ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا تجب عليه الدية لأنه قطعها ببذل صاحبها ، فهو كما لو قال : اقطع يدى فقطعها (والثانى) تجب عليه الدية ، وهو الأصح لأن الجانى بذل لتكون يساره عوضاً عن اليمين ، فاذا لم يقطع عنها وجب له قيمتها ، كما لو باع سلعة بيعاً فاسداً وسلمها الى المشترى وتلفت •

وان كان المقتص عالماً بأنها اليسار فهل يجب عليه القود فى يساره ؟ فيه وجهان قال أبو حفص بن الوكيل : يجب عليه القصاص لأنه قطع يداً غير مستحقة له مع العلم بتحريمها •

وقال أكثر أصحابنا : لا يجب عليه القصاص ــ وهو الأصح ــ لأنه قطعها ببذل صاحبها ، ويجب عليه ديته ، لأن صاحبها بذلها لتكون عوضاً على اليمين فاذا لم يقطع وجب له قيمتها ، كما لو باع سلعة فاسدة وقبضها المشترى وتلفت منه •

اذا ثبت هذا فان القصاص باق للمقتص فى يمين الجانى لأنه لم يسقط حقه عنها • قال الشافعى رحمه الله : لا يقتص منه فى اليمين حتى يندمل يساره ، وقال فيمن قطع يدى رجل أو رجليه دفعة واحدة أنه تقطع يده به أو رجليه فى وقت واحد ، فمن أصحابنا الخراسانيين من جعل المسألتين على قولين ، ومنهم من حملهما على ظاهرهما ، ولم يذكر أصحابنا البغداديون غيره ، وفرق بينهما بأنه اذا قطع يد رجل أو رجليه فقد جمع عليه بين ألمين فجاز له أن يجمع عليه بينهما • وها هنا الجانى لم يجمع عليه بين ألمين فلا يجوز له أن يجمع عليه بينهما •

فان قيل : أليس لو قطع يمين ويسار آخر يؤخذ القصاص عليه فى احداهما الى اندمال الأخرى •

قلنا : الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصا فلهذا جمعنا بينهما • وها هنا أحدهما غير مستحق عليه فلم يجمع بينهما ، وان سرى قطع اليسار

الى نفس الجانى فى الموضع الذى قال ظننتها اليمين وظننت أن قطعها يجزى عن اليمين .

قال ابن الصباغ فانه يجب على المقتص دية كاملة ؛ وقد تعذر عليه القصاص فى اليمين فيجب دية يده فيقاص بها مما عليه .

قال : وحكى عن الشيخ أبى حامد أنه قال : عندى أنه استوفى حقه من اليمين بتلفه كما لو كان قصاص فى اليد فقطعها ثم قتله .

ووجه الأول أن حقه فى قطع اليد ولم يحصل ، وانما قتله فقد ضمنها مع النفس بالدية .

قال ابن الصباغ : ويلزمه أن يقول فيه : اذا بذلها مع العلم بها وسرت أيضاً ، أن يكون مستوفياً لليمين ، لأن البدل فيما استحق اتلافه لا يمنع استيفاء الحق ، وانما تكون سرايتها هدراً فيما لا يستحقه .

مسألة اذا اختلفا فقال المقتص : بذلت اليسار وأنت عالم بأنها اليسار وأنه لا يجزى قطعها عن اليمين ، وقال الجانى بذلتها ولم أعلم أنها اليسار أو لم أعلم أن قطعها لا يجزىء عن اليمين فالقول قول الجانى مع يمينه لأنه أعلم بنفسه ، وان حلف كان الحكم فيه حكم ما لو صادقه المقتص على أنه بذلها ولم يعلم أنها اليمين ، وان نكل الجانى حلف المقتص وكان الحكم فيه حكم ما لو أقر الجانى أنه بذلها مع علمه أنها اليسار وأنه لا يجزى قطعها عن اليمين ، فاذا وجب له القصاص فى اليمين فاتفقا على أن يقتص منه باليسار بدلا عنها لم يقع عن اليمين ، لأن ما لا يجوز قطعه بالشرع لا يجوز بالتراضى ، كما لو قتل غير القاتل برضاه ولا قصاص على المقتص لأنه قطعها ببذل صاحبها ويجب عليه دية اليسار ، فان كانا عالمين بأن ذلك لا يجوز أثما ، وان كانا جاهلين لم يأثما ، وان كان أحدهما عالما والآخر جاهلا أثم العالم منهما . وهل يسقط حق المقتص من القصاص فى اليمين ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يسقط لأنه لما رضى بأخذ اليسار عن اليمين صار ذلك عفواً منه عن اليمين . فعلى هذا يجب عليه دية يد وله دية يد فيتقاصان أن استويا ،

وان تفاضلا بأن كان أحدهما رجلا والآخر امرأة ، أو كان المقتص مسلماً والجانى كافراً رجع من له الفضل بما له من الفضل •

(والثانى) لا يسقط حقه من القصاص فى اليمين ، لأنه انما رضى باسقاط حقه من القصاص بأن يكون اليسار بدل اليمين ، فاذا لم يصح أن يكون بدلا عنها كان حقه باقياً فى المبدل كما لو صالح على الإنكار ، فعلى هذا ليس له آن يقتص فى اليمين إلا بعد اندمال اليسار ، قال ابن الصباغ : والأول أصح لأن غرضه قد حصل له وهو القطع •

فرع إذا كان المقتص منه مجنوناً والمقتص عاقلا فقال له : آخرج يمينك فأخرجها المجنون فقطعها فقد استوفى حقه ، لأن المقتص من أهل الاستيفاء ، وإن كان المقتص منه ليس من أهل البذل والاعتبار بالمقتص ، فإن قال المقتص : أخرج يمينك فأخرج المجنون يساره فقطعها المقتص ــ فإن كان المقتص عالماً أنها اليسار ــ وجب عليه القصاص فى اليمين ؛ وإن كان المقتص غير عالم بأنها اليسار لم يجب عليه القصاص فى اليسار للشبهة. ولكن عليه دية اليسار ، لأن بذل المجنون لا يصح ، وله القصاص فى اليمين فلا يقطعها حتى تندمل يساره ، وإن كان المقتص منه عاقلا والمقتص مجنوناً ، فقال المجنون أخرج يمينك لأقطعها فأخرجها العاقل باختياره فقطعها المجنون لم يصر مستوفياً ، لأنه ليس من أهل الاستيفاء ولا ضمان عليه لأنه قطعها ببذل صاحبها ووجب للمجنون على العاقل دية يمينه لأن يمينه قد زالت •

وان أخرج اليه العاقل يساره فقطعها المجنون هدرت اليسار وكان حق المجنون باقياً فى القصاص فى اليمين •

وأما اذا أكرهه المجنون فقطع يمينه فهل يصير مستوفياً لحقه ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما فى الصبى الصحيح ، لأنه لا يصير مستوفياً ، فان قلنا انه يصير مستوفياً فلا كلام • وان قلنا لا يصير مستوفياً كان للمجنون دية يده على الجانى ووجب للجانى دية يده •

فان قلنا ان عمد المجنون عمد وجبت الدية فى ماله ، وان قلنا ان عمده خطأ وجبت على عاقلتـه • وان كان المقتص والمقتص منـه مجنونين وكان القصاص فى اليمين فقطع المقتص يمين المقتص منه فهل يصير مستوفياً احقه ؟ على الوجهين ، سواء قطعها ببذل المقتص منه أو أكرهه ، لأن بذله لا يصح • فان قلنا : يصير مستوفيا فلا كلام • وان قلنا لا يصير مستوفيا وجب للمقتص دية يده فى مال الجانى ، ويجب للجانى دية يده •

فان قلنا : ان عمد المجنون عمد وجبت فى ماله ، وان قلنا ان عمده خطأ وجبت على عاقلته • وان قطع المقتص يسـار الجانى وجب ضمانها بالدية ، سواء قطعها ببذل صاحبها أو بغير بذله لأنه لا يصح بذلك ؛ وفى محل وجوبها القولان فى جنايته هل هى عمد أو خطأ ؟ ويبقى للمقتص القصاص فى اليمين ولا يقتص من الجانى حتى تندمل يساره •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل **واذا وجب له القصاص فى يمينه فقال : أخرج يمينك فأخرج اليسار من كم اليمين فقطعها ، فان قال : تعمدت اخراج اليسار وعلمت انه لا يجوز قطعها عن اليمين لم يجب على القـاطع ضـمان ، لأنه قطعهـا ببـذله ورضاه • وان قال ظننتها اليمين أو ظننت انه يجوز قطعها عن اليمين نظرت فى المستوفى ، فان جهل انها اليسار لم يجب عليه القصاص لأنه موضع شبهة ، وهل يجب عليه الدية ؟ فيه وجهان :**

(احدهما) لا تجب عليه لأنه قطعها ببذل صاحبها •

(والثانى) يجب وهو المذهب ، لأنه بذل على ان يكون عوضـاً عن اليمين ، فاذا لم يصح العوض وتلف المعوض وجب له بدله ، كما لو اشـترى سـلعة بعوض فاسد وتلفت عنده ، فان علم انه اليسار وجب عليه ضـمانه ، وفيما يضمن وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى حفص بن الوكيل انه يضمن بالقود لأنه تعمـد قطع يد محرمة •

(والثانى) وهو المذهب انه لا يجب القود ، لأنه قطعها ببذل الجانى ورضاه

وتلزمه الدية لانه قطع يداً لا يستحقها مع العلم به ، فان وجب له القود فى اليمين فصالحه على اليسار لم يصح الصلح ، لأن الدماء لا تستباح بالعوض ، وهل يسقط القصاص فى اليمين ؟ فيه وجهان :

(احدهما) يسقط لأن عدوله الى اليسار رضا بترك القصاص فى اليمين .

(والثانى) انه لا يسقط لانه اخذ اليسار على أن يكون بدلا عن اليمين ولم يسلم البدل فبقى حقه فى المبدل . فاذا قلنا لا يسقط القصاص فله على المقتص دية اليسار وللمقتص عليه القصاص فى اليمين ، وان قلنا : انه يسقط القصاص فله دية اليمين وعليه دية اليسار .

وان كان القصاص على مجنون فقال له المجنى عليه : اخرج يمينك فاخرج يساره فقطعها وجب عليه القصاص ان كان عالماً أو الدية ان كان جاهلا ، لأن بذل المجنون لا يصح فصار كما لو بدأ بقطعه) .

الشرح اذا قطع رجل يد رجل فاقتص المجنى عليه من الجانى فاندملت يد المجنى عليه ومات الجانى هدر دمه . وبه قال الحسن وابن سيرين ومالك وأحمد واسحاق وابن المنذر وأبو يوسف ومحمد . وقال عطاء وطاوس والزهرى وأبو حنيفة : يكون على المجنى عليه دية كاملة .

دليلنا ما روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنهما قالا : « من مات من حد أو قصاص فلا دية له » (١) ولا مخالف لهما فى الصحابة رضى الله عنهم . ويثبت أنه إجماع ، ولأنه جرح مباح غير مجتهد فيه فلم تكن سرايته مضمونة كالقطع فى السرقة ، فقولنا مباح احتراز من القطع بغير حق .

وقولنا « غير مجتهد فيه » احتراز من المولى عليه اذا كانت به أكلة أو سلعة فاجتهد الإمام فى قطعها فمات منه .

وان قلنا يد رجل فقطع المجنى عليه يد الجانى ثم سرى القطع الى نفس المجنى عليه كانت السراية الى نفس الجانى قصاصاً ، لأن السراية فى النفس لما كانت كالجناية فى إيجاب القصاص كانت كالجناية فى استيفاء القصاص ،

---

(١) رواه سعيد بن منصور

فان كانت بحالها إلا أن الجاني مات من القطع أولا ثم مات المجني عليه بعده من القطع ففيه وجهان (أحدهما) أن السراية الى نفس الجاني تكون قصاصاً لأن نفسه خرجت مخرج القصاص فكانت قصاصاً ، كما لو مات المجني عليه ثم مات الجاني (والثاني) أن السراية الى نفس الجاني لا تكون قصاصاً . وهو الأصح لأن السراية سبقت وجوب القصاص فلم يقع قصاصا وانما تكون السراية هدراً ، فعلى هذا يجب للمجني عليه في مال الجاني نصف الدية ، لأنه قد أخذ يداً بنصف الدية ، وان كانت الدية موضحة أخذ منه تسعة أعشار الدية ونصف عشرها لأنه أخذ منه ما يساوي نصف عشر الدية .

مسـألة قوله من وجب عليه قتل بكفر أو ردة إلخ ، فجملة ذلك أنه اذا وجب عليه قتل بقصاص أو كفر أو زنا أو التجأ الى الحرم قتل ولم يمنع الحرم منه . وقال أبو حنيفة : لا يستوفى منه القصاص ولا الرجم في الحرم ، ولكن لا يباع ولا يشترى ولا يكلم حتى يخرج من الحرم ويستوفى منه القصاص والحد دليلنا قوله تعالى « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس » ولم يفرق ، وقوله تعالى « فاقتلوهم حيث ثقفتموهم » وهذا عام لأنه قتل لا يوجب الحرم ضمانه فلم يمنع منه كقتل الحية والعقرب فيه احتراز من قتل الصيد .

فـرع اذا قتل رجل رجلا عمداً فمات القاتل قبل أن يقتص منه ولي المقتول أو قتله رجل غير ولي المقتول وجبت دية المقتول في مال القاتل ، وبه قال أحمد . وقال أبو حنيفة يسقط حقه ، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » .

وقوله « بين خيرتين » أي شيئين اذا تعذر أحدهما تعين له الآخر ، كما قلنا في كفارة اليمين ، وان وجب له القصاص في طرف فزال الطرف قبل استيفاء القصاص كان له أرش الطرف في مال الجاني لما ذكرناه في النفس والله أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب العفو عند القصاص

ومن وجب عليه القصاص وهو جائز التصرف فله ان يقتص وله ان يعفو على المال ، لما روى ابو شريح الكعبى ((ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : ثم انتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل ، وانا والله عاقلة ، فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ، ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية)) فان عفا مطلقا بنينا على ما يجب بقتل العمد وفيه قولان :

(احدهما) ان موجب قتل العمد القصاص وحده ولا تجب الدية الا بالاختيار . والدليل عليه قوله عز وجل ((كتب عليكم القصاص فى القتلى ، الحر بالحر والعبد بالعبد)) ولأن ما ضمن بالبدل فى حق الآدمى ضمن ببدل معين كالمال .

(والقول الثانى) ان موجبه احد الأمرين من القصاص او الدية ، والدليل عليه أن له أن يختار ما شاء منهما ، فكان الواجب احدهما كالهدى والطعام فى جزاء الصيد ، فاذا قلنا : ان الواجب هو القصاص وحده فعفا عن القصاص مطلقا سقط القصاص ولم تجب الدية ، لأنه لا يجب له غير القصاص وقد اسقطه بالعفو ، وان قلنا : انه يجب احد الأمرين فعفا عن القصاص وجبت الدية ، لأن الواجب احدهما ، فاذا ترك احدهما وجب الآخر ، وان اختار الدية سقط القصاص وثبت المال ولم يكن لم أن يرجع الى القصاص ، وان قال : اخترت القصاص فهل له أن يرجع الى الدية ؟ فيه وجهان :

(احدهما) له أن يرجع لأن القصاص اعلى ، فجاز ان ينتقل عنه الى الأدنى . (والثانى) ليس له أن يرجع الى الدية لأنه تركها فلم يرجع اليها كالقصاص ، فان جنى عبد على رجل جناية توجب القصاص فاشتراه بارش الجناية سقط القصاص لأن عدوله الى الشراء اختيار المال . وهل يصح الشراء ؟ ينظر فيه ، فان كانا لا يعرفان عدد الابل واسنانها لم يصح الشراء لأنه بيع مجهول ، فان كانا يعرفان العدد والأسنان ففيه قولان :

(احدهما) لا يصح الشراء ، لأن الجهل بالصفة كالجهل بالعدد والسن ، كما قلنا فى السلم .

(والثانى) انه يصح لأنه مال مستقر فى الذمة تصح المطالبة به ، فجاز البيع به كالعوض فى القرض .

فصـــل فان كان القصاص لصغير لم يجز للولى أن يعفو على غير مال لأنه تصرف لا حظ للصغير فيه ، فلا يملكه الولى كهبة ماله ، وان أراد أن يعفو على مال ـــ فان كان له مال أو لة من ينفق عليه ـــ لم يجز العفو لانه يفوت عليه القصاص من غير حاجة ، وان لم يكن له مال ولا من ينفق عليه ففيـــه وجهان (احدهما) يجوز العفو على مال لحاجته الى المال ليحفظ حياته (والثانى) لا يجوز وهو المنصوص لانه يستحق النفقة فى بيت المال ، ولا حاجـة به الى العفو عن القصاص ، وان كان المقتول لا وارث له غير المسلمين كان الامر الى السلطان ، فان رأى القصاص اقتص ، وان رأى العفو على مال عفا ، لان الحق للمسلمين فوجب على الامام ان يفعل ما يراه من المصلحة ، فان أن أن يعفو على غير مال لم يجز لانه تصرف لا حظ فيه للمسلمين فلم يملكه) •

الشرح حديث أبى شريح الكعبى مضى تخريجه مع ترجمة راويه آنفاً •

أما الأحكام فانه اذا قتل غيره عمدا وهما متكافئان فما الذى يجب على القاتل ؟ فيه قولان (أحدهما) أن الواجب عليه هو القود وحده ، وإنما الدية تجب بالعفو بدلا عنه ، وهو قول أبى حنيفة ، وهو اختيار القاضى أبى الطيب لقوله تعالى « كتب عليكم القصاص فى القتلى » الى قوله « فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان » فموضع الدليل أنه قال « كتب عليكم القصاص » ولم يذكر الدية فعلم أنهـا لم تجب بالقتل ، وأيضاً فانه قال « فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف » فأمره باتباع الدية اذا عفا عن القود فعلم أن الدية تجب بالقود لا بالقتل • ولأن ما ضمن بالبدل فى حق الآدمى ضمن ببدل معين كالمال وقولنا ضمن ببدل احتراز من العين المغصـوبة اذا كانت باقية ، وقولنـا فى حق الآدمى احتراز من جزاء الصـيد •

والقول الثانى : أن الواجب عليه أحـد شيئين : القود أو الدية ، فان استقاد الولى علمنا أن الواجب كان هو القود ، وان عفا عن القود على الدية علمنا أن الواجب كان هو الدية ، وهو اختيار الشيخ أبى حامد لقوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين ، ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » فخيرهم بين القـود والدية ، فعلم أنهما سـواء فى الوجوب •

اذا تقرر هذا فقال الولى عفوت عن القود الى الدية سقط القود ووجبت الدية على القولين ٠

وان قال : عفوت عن القود والدية سقطا جميعاً على القولين ، وان قال عفوت عن القود وأطلق ، فان قلنا : ان الواجب بقتل العمد أحد شيئين وجبت الدية لأنها واجبة لم يعف عنها ٠ وان قلنا الواجب القود وحده ، ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان ٠ فمنهم من يحكيهما وجهين (أحدهما) لا تجب الدية لأنها لا تجب على هذا إلا باختياره لها ولم يختارها فلم تجب (والثانى) تجب الدية لئلا تهدر الدماء ، والأول أصح ، ومنهم من قال : لا تجب الدية قولا واحداً ، وهو قول أبى اسحاق المروزى والمصنف لما ذكرناه للأول ، فان قال : عفوت عن القود الى الدية ، أو قال : عفوت عن القود ولم يقل الى الدية ٠ وقلنا : تجب الدية ثم أراد أن يطالبه بالقود لم يكن له ، لأنه قد سقط ، وان قال عفوت عن الدية فان قلنا الواجب هو القصاص وحده لم يصح عفوه ، وكان له أن يقتص ، فان عفا عن القود بعد ذلك أو على الدية أو عفا مطلقاً وقلنا تجب الدية بالإطلاق استحق الدية ٠ لأن عفوه الأول عنها كان قبل وجوبها ٠

فان قلنا : ان الواجب أحد الشيئين ــ سقطت الدية وتعين حقه فى القصاص ــ فان اقتص منه فلا كلام ، وان مات القاتل قبل أن يقتص منه ٠ قال الشافعى رضى الله عنه : له أن يأخذ الدية لأنه لما سقط القود بغير اختياره كان له الرجوع الى بدله ؛ وان كان القاتل حيا وأراد الولى أن يعفو عن القود الى الدية ٠ قال الشافعى : ليس له ذلك ، لأنه كان له أن يختار الدية فلما لم يخترها وتركها لم يكن له العود اليها ٠

وقال أبو اسحاق : له أن يعفو عن القود ويختار الدية لأنه انتقال من البدل الأغلظ الى الأخف ٠ وان قال : اخترت القصاص فهل له أن يرجع ويعفو عنه الى الدية ؟ فيه وجهان (أحدهما) له أن يرجع الى الدية لأنه تركها باختياره فله أن يرجع اليها (والثانى) ليس له أن يرجع اليها لأنه تركها فلم يرجع اليها كالقصاص ٠

اذا ثبت هذا فللولى أن يعفو عن القود الى الدية ، سواء رضى القاتل به أو لم يرض . وبه قال ابن المسيب وعطاء والحسن وأحمد واسحاق • وقال مالك وأبو حنيفة : لا يستحق الولى الدية إلا برضا القاتل • دليلنا قوله تعالى « كتب عليكم القصاص فى القتلى » الى قوله « فمن عفى له من أخيه شىء فاتباع بالمعروف وأداء اليه باحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة » •

قيل فى التفسير : معناه فمن عفى له ، ويريد به القاتل من أخيه المقتول شيء ، أى على شيء فاتباع بالمعروف ، يريد به على مال فاتباع ، لأنه كان فى شريعة موسى الذى يجب بالقتل هو القصاص فقط ، وفى شريعة عيسى الدية فقط ، فجعل الله تعالى لهذه الأمة القود فى القتل ، وجعل لهم العفو عنه على مال تخفيفا منه ورحمة ومن الدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « فمن قتل بعد قتيــلا فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » ولم ولم يعتبر رضى القاتل • وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال « الولى مخير فى ذلك بين القتل والدية » ولا مخــالف له فى الصحابة فدل على أنه إجمــاع •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان كان القصاص لجماعة فعفا بعضهم سقط حق الباقين من القصاص لما روى زيد بن وهب ان عمر رضى الله عنه أتى برجل قتل رجلا ، فجاء ورثة المقتول ليقتلوه ، فقالت اخت المقتول وهى امرأة القاتل قد عفــوت عن حقى ، فقال عمر رضى الله عنه عتق من القتل » •

وروى قتادة رضي الله عنه « أن عمر رضى الله عنه رفع اليه رجل قتل رجلا فجاء اولاد المقتول وقد عفا احدهم ، فقال عمر لابن مسعود رضى الله عنهــما وهو الى جنبة ما تقول ؟ فقال : انه قد احرز من القتل ، فضرب على كتفه وقال كنيف ملىء علما » ولأن القصاص مشترك بينهم وهو مما لا يتبعض ، ومبناه على الاسقاط فاذا اسقط بعضهم حقه سرى الى الباقى كالعتق فى نصيب احد الشريكين وينتقل حق الباقين الى الدية لما روى زيد بن وهب قال : « دخل رجل على امراته فوجد عندها رجلا فقتلها ، فاستعدى اخواتها عمر ، فقــال بعض اخواتها قد تصدقت بحقى فقضى لسائرهم بالدية » ولانه سقط حق من لم يعف عن القصاص بغير رضاه فثبت له البدل مع وجود المال كما يسقط حق من لم يعتق من الشريكين الى القيمة •

فصـــل وان وكل من له القصاص من يستوفى لم ثم عفا وقتل الوكيل ولم يعلم بالعفو ، ففيه قولان :

(احدهما) لا يصح العفو ، لانه عفا فى حال لا يقدر الوكيل على تلاقى ما وكل فيه ، فلم يصح العفو ، كما لو عفا بعد ما رمى الحربة الى الجانى .

(والثانى) يصح لانه حق له فلا يفتقر عفوه عنه الى علم غيره كالابراء من الدين ، ولا يجب القصاص على الوكيل ، لانه قتله وهو جاهل بتحريم القتل ، وأما الدية فعلى القولين ، ان قلنا ان العفو لا يصح لم تجب الدية ، كما لا تجب اذاعفا عنه بعد القتل ، وان قلنا يصح العفو وجبت الدية على الوكيل ، لانه قتل محقون الدم ولا يرجع بما غرمه من الدية على الموكل ، وخرج ابو العباس قولا آخر انه يرجع عليه لانة غره حين لم يعلمه بالعفو ، كما قلنا فيمن وطىء امــة غر بحريتها فى النكاح ، وقلنا : ان النكاح باطل انه يلزمه المهر ثم يرجع به على من غره فى أحد القولين ، وهذا خطأ لان الذى غره فى النكاح مسىء مفرط فرجع عليه والموكل ههنا محسن فى العفو غير مفرط .

فصـــــل فان جنى على رجل جناية فعفا المجنى عليه عن القصـــاص فيها ثم سرت الجناية الى النفس ، فان كانت الجناية مما يجب فيها القصاص كقطع الكف والقدم لم يجب القصاص فى النفس ، لأن القصـــاص لا يتبعض ، فاذا سقط فى البعض سقط فى الجميع ، وان كانت الجناية مما لا قصـــاص فيها كالجائفة ونحوها وجب القصـــاص فى النفس لأنه عن القصاص فيـــما لا قصاص فيه فلم يعمل فيه العفو) .

الشرح خبر زيد بن وهب أخرجه أبو داود فى سـننه ، وخبر عبد الله بن مسعود وقول عمر له « كنيف ملىء علما » ساقه الذهبى فى سير أعلام النبلاء عن الأعمش عن زيد بن وهب وساق له شاهداً آخر عن معن بن عيسى ، حدثنا معاوية بن صالح عن أسد بن وداعة أن عمر ذكر ابن مسعود فقال : كنيف ملىء علما آثرت به أهل القادسية .

وقوله « كنيف » تصغير كنف ، والكنف وعاء من أدم يكون فيـه أداة الراعى وتصغيره للتعظيم كما لو قالوا دويهية ، والأحسن فى هـذا أنه يعنى الصغر والحقارة لأن ابن مسعود رضى الله عنه كان دميم الخلقة قصيراً . قيل يكاد الجلوس يوازونه من قصره . هكذا أفاده ابن بطال .

اما الأحكام فاذا كان القصاص لجماعة فعفا بعضهم عن القود سقط القود عن القاتل لقوله صلى الله عليه وسلم : « فاهله بين خيرتين ، ان احبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية » وهؤلاء لم يحبوا لأن فيهم من لم يحب • وروى أن رجلا قتل رجلا وأراد ورثة المقتول أن يمنصوا فقالت زوجة القاتل وكانت أخت المقتول قد عفوت عن نصيبي من القود ، فقال عمر رضي الله عنه : نجا من القتل ، وكذلك روى عن ابن مسعود ولا مخالف لهما في الصحابة فدل على أنه إجماع ، ولأن القصاص يقع مشتركا لا يتبعض ، فاذا سقط بعضه سقط الجميع ، وينتقل حق الباقين الى الدية ، لما ان رجلا دخل على امرأته فوجد معها رجلا فقتلها ، فقال بعض إخوتها قد تصدقت ، فقضى عمر لسائرهم ، ولأن حقهم سقط من القصاص بغير اختيارهم فانتقل حقهم الى البدل مع وجوده كما ينتقل حق الشريك في العبد اذا أعتقه شريكه الى القيمة •

فـــرع اذا وجب له القصاص على رجل فرمى اليه بسهم أو بحربة ثم عفا عنه بعد الرمى وقبل الإصابة لم يصح العفو لأنه لا معنى لهذا العفو كما لو جرحه ثم عفا عنه ، وان وجب له القصاص فقد ذكرنا أنه يجوز له أن يوكل من يستوفى له القصاص بحضرة الموكل • وهل يصح أن يوكل من يستوفى له القصاص ؟ فيه ثلاث طرق سبق لنا بيانها في الوكالة ، وقلنا : الصحيح أنه يصح •

قال ابن الصباغ : الا أنا اذا قلنا لا تصح الوكالة فاستوفى الوكيل القصاص فقد حصل به الاستيفاء ؛ لأنه استوفاه بإذنه كما نقول فيه اذا باع الوكيل في الوكالة الفاسدة ، وإنما يفيد فسادها هاهنا أن الحاكم لا يمكن الوكيل من الاستيفاء فلو وكل في الاستيفاء ثم عفا الموكل عن القصاص ، فان عفا بعد أن قتله الوكيل لم يصح عفوه ، فان عفا قبل أن يقتله الوكيل ثم قتله الوكيل بعد علمه بالعفو فعلى الوكيل القود ، وان لم يعلم هل كان العفو قبل القتل أو بعده ؟ فلا شيء على الوكيل ، لأن الأصل أن لا عفو ، وان عفا الموكل عن القصاص ثم قتله الوكيل ولم يعلم بالعفو فهل يصح العفو ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا يصح العفو لأنه عفا فى وقت لا يمكن تلافيه فلم يصح : كما لو عفا بعد رمى الحربة الى الجانى •

(والثانى) يصح لأنه عفا عن قود غير متحتم قبل أن يشرع فيه الوكيل• فصح كما لو علم الوكيل بالعفو قبل القتل •

واختلف أصحابنا فى مأخذ القولين . فمنهم من قال : أصلهما القولان فى الوكيل هل ينعزل قبل أن يعلم بالعزل ، ولم يذكر ابن الصباغ غيره . ومن أصحابنا الخراسانيين من قال : أصلهما اذا رأى رجلا فى دار الحرب فظنه حربيا فرماه بسهم ثم بان أنه كان مسلما ومات هل تجب الدية ؟ فيه قولان •

وقال الشيخ أبو حامد : القولان ها هنا أصل بأنفسهما ومنهما أخذ الوجهان فى الوكيل ، هل ينعزل قبل أن يعلم بالعزل ، فاذا قلنا : ان عفوه لا يصح فلا شىء على الموكل والوكيل ، واذا قلنا ان عفوه يصح فلا شىء على الموكل وأما الوكيل فلا قصاص عليه لأن له شبهة فى قتله ويجب عليه الدية • وان قلنا : لا تجب عليه الدية فهل تجب عليه الكفارة ؟ فيه وجهان حكاهما الطبرى فى العدة — ان قلنا ان مأخذ القولين فى الدية من الرمى الى من ظنه حربيا — فتجب الكفارة لأن الدية ها هنا لم تجب •

فان قلنا مأخذهما من عزل الوكيل فلا تجب عليه الكفارة وتكون الدية مغلظة لأنها إما دية عمد محض أو دية عمد خطأ • وهل تجب فى مال الوكيل او على عاقلته ؟ فيه وجهان •

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق المروزى واختيار الشيخ أبى حامد أنها تجب فى ماله لأنه قصد قتله ، وإنما سقط القصاص لمعنى آخر ، وقال أبو على بن أبى هريرة هو دية عمد خطأ فتجب دية مؤجلة على العاقلة ، لأنه قتله وهو معذور ، فان قلنا انها على العاقلة لم يرجع بها الوكيل على الموكل لذلك •

وقال أبو العباس بن سريج : فيه قول آخر • إنه يرجع عليه كما قلنا فيمن

قدم طعاماً مغصوباً الى رجل فأكله ولم يعلم أنه مغصـــوب فانه يرجع على المقدم اليه فى أحد القولين : وكما قلنا فيمن غر بحرية امرأة : والمذهب الأول. لأن العفو مندوب اليه والغرور محرم •

اذا تقرر هذا فان كان الموكل قد عفا عن القود والدية أو عفا مطلقاً وقلنا لا تجب له الدية فلا كلام ، وان عفا عن القود الى الدية أو عفا مطلقاً ــ وقلنا يجب له الدية وجبت له الدية فى مال الجانى ، وتكون لورثة الجانى مطالبة الوكيل بدية الجانى ، وليس كالأخوين اذا قتل أحدهما قاتل أبيه بغير اذن أخيه حيث قلنا فى محل نصيب الأخ الذى لم يقتل من الدية قولان (أحدهما) فى تركة قاتل أبيه (والثانى) فى ذمة أخيه ، والفرق بينهما أن الأخ أتلف حق أخيه فوجب عليه بدله • وها هنا أتلفه الوكيل بعد سقوط حق الموكل عليه بالعفو ، هذا ترتيب البغداديين • وقال الخراسانيون : ان قلنا : لا دية على الوكيل فلا دية للموكل على الجانى ، وكان الوكيل استوفى القصاص • وان قلنا عليه الدية فله الدية فى مال المجنى عليه •

مســـألة اذا جنا عليه جناية يجب فيها القصـــاص بأن قلع عينه أو قطع يده أو رجله فعفا المجنى عليه عن القصاص ثم سرت الجناية الى نفس المجنى عليه لم يجب القصاص • وحكى عن مالك أنه قال : يجب القصاص ، لأن الجناية صارت نفساً • ولنا أنه يتعذر استيفاء القصاص فى النفس دون ما عفى عنه فسقط القصاص فى النفس كما لو عفـــا بعض الأوليـــاء ، ولأن الجناية اذا لم يجب فيها القصاص لم يجب فى سرايتها كما لو قطع يد مرتد ثم مات •

اذا ثبت هذا فان كان المجنى عليه قد عفـــا على مال وجبت فيه دية كاملة ، فان كان قد أخذ دية العضو المقلوع استوفى الولى باقى دية النفس ، وان لم يأخذ شيئاً من الدية أخذ الولى بجميع الدية ، وان كان المجنى عليه عفا عن العين واليـــد والرجل على غير مال وجب لوليه نصف الدية • وقال أبو حنيفـــة : تجب الدية كاملة • وقال أبو يوسف ومحمـــد : لا شيء على الجانى • دليلنا أنه بالجناية وجب عليه نصف الدية فاذا عفا عن الدية سقط

ما وجب دون ما لم يجب . فاذا صارت نفسا وجب بالسرايه نصف الديه فلم يسقط أرشها بسرايتها . وإنما دخل فى أرش النفس . وان كان قد جنا عليه جناية لا قصاص فيها كالجائفه وكسر الظهر فعفا المجنى عليه عن القصاص فيها ثم سرت الجنايه الى نفس المجنى عليه فمات كان لوليه ان يقتص فى النفس لأنه عفا عن القصاص فيما لا قصاص فيه . فلم يؤثر العفو فيه .

فرع وان قطع يد رجل فعفا المجنى عليه عن القصاص على مال أو على غير مال ثم عاد الجانى فقتله قبل الاندمال ففيه ثلاثة أوجه ، (أحدها) وهو قول أبى سعيد الإصطخرى ان للولى القصاص فى النفس ، لأن الجناية متفردة عن الاولة فلم يدخل حكمها فى حكمها . كما لو قتله آخر ؛ فان عفا عنه على مال كان له كمال الدية ، لأن الجناية على الطرف اذا وردت عليها الجناية على النفس صارت فى حكم المندملة فلم يدخل أرش احدهما فى أرش الآخر (والوجه الثانى) أنه لا يجب القصاص لأن الجناية والقتل كالجناية الواحدة . فاذا سقط القصاص فى بعضها سقط فى جميعها . كما لو سرت قطع اليد الى النفس . فان عفا عنه على مال كان له نصف الدية . لأنه قد وجب له جميع الدية وقد أخذ نصفها أو سقط حقه عنه فبقى حقه فى نصف الدية (والثالث) وهو المنصوص أن للولى أن يقتص فى النفس لأنهما جنايتان عفا عن إحداهما ولم يعف عن الأخرى فصار كما لو قتله آخر ، وان عفا عنه الولى كان له نصف الدية . لأن أرش الطرف يدخل فى أرش النفس فاذا أخذه أو سقط حقه عنه بالعفو بقى الباقى له من الدية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قطع اصبع رجل عمداً فعفا المجنى عليه من القصاص والدية ثم اندملت سقط القصاص والدية .

وقال المزنى رحمه الله : يسقط القصاص ولا تسقط الدية ، لأنه عفا عن القصاص بعد وجوبه فسقط ، وعفا عن الدية قبل وجوبها ، لأن الدية لا تجب الا بالاندمال والعفو وجد قبله فلم تسقط ، وهذا خطأ لأن الدية تجب بالجناية والدليل عليه انه لو جنى على طرف عبده ثم باعه ثم اندمل كان أرش الطرف

له دون المشترى ، فدل على انه وجب بالجناية ، وانما تاخرت المطالبـــة الى ما بعد الاندمال كما لو عفا عن دين مؤجل •

فان سرت الجناية الى الكف واندملت سقط القصاص فى الأصبع بالعفو ، ولم يجب فى الكف ، لأنه تلف بالسراية • والقصاص فيما دون النفس لا يجب بالسراية وسقطت دية الأصبع لأنه عفا عنها بعد الوجوب ، ولا يسقط أرش ما تسرى اليه لأنه عفا عنه قبل الوجوب •

وان سرت الجناية الى النفس نظرت فان قال : عفوت عن هذه الجنـــاية قودها وديتها وما يحدث منها ، سقط القود فى الأصبع والنفس لأنه سقط فى الاصبع بالعفو بعد الوجوب ، وسقط فى النفس لانها لا تتبعض •

واما الدية فانه ان كان العفو بلفظ الوصية فهو وصية للقاتل ، وفيهـــا قولان فان قلنا : لا تصح وجبت دية النفس ، وان قلنا : تصح وخرجت مـــن الثلث سقطت وان خرج بعضها سقط ما خرج منها من الثلث ووجب الباقى • وان كان بغير لفظ الوصية فهل هو وصية فى الحكم أم لا فيه قولان •

(احدهما) انه وصية لأنه يعتبر من الثلث •

(والثانى) انه ليس بوصية لأن الوصية ما تكون بعد الموت ، وهذا اسقاط فى حال الحياة ، فاذا قلنا : انه وصية فعلى ما ذكرناه من القولين فى الوصية للقاتل وان قلنا : انه ليس بوصية صح العفو عن دية الأصبع لأنه عفا عنهـــا بعد الوجوب ولا يصح عما زاد لانه عفا قبل الوجوب فيجب عليه دية النفس الا أرش أصبع • واما اذا قال عفوت عن هذه الجناية قودها وعقلها ولم يقـــل ما يحدث منها ، سقط القود فى الجميع لما ذكرناه ولا تسقط دية النفس لأنه ابراء منها قبل الوجوب واما دية الاصبع فانه ان كان عفا عنها بلفظ الوصية أو بلفظ العفو وقلنا : انه وصية فهو وصية للقاتل ــ وفيهـــا قـــولان ــ وان كان بلفظ العفو وقلنا : انه ليس بوصية فان خرج من الثلث سقط ، وان خرج بعضـــه سقط منه ما خرج ووجب الباقى لانه ابراء عما وجب •

فصـــــل فان جنى جناية يجب فيها القصاص كقطع اليد فعفا عـــن القصاص اخذ نصف الدية ثم عاد فقتله ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فذهب ابو سعيد الاصطخرى رحمة الله عليه الى انه يلزمه القصـــاص فى النفس أو الدية الكاملة ان عفى عن القصاص ، لأن القتل منفرد عن الجناية ، فلم يدخـــل حكمه فى حكمها فوجب لأجله القصاص او الدية •

ومن اصحابنا من قال لا يجب القصاص ويجب نصف الدية لأن الجنـــاية

والقتل كالجناية الواحدة ، فاذا سقط القصاص فى بعضها سقط فى جميعهـــا ويجب نصف الدية لانه وجب كمال الدية وقد أخذ نصفها وبقى له النصف .

ومنهم من قال يجب له القصاص فى النفس وهو الصحيح ، لأن القتل انفرد عن الجناية ، فعفوه عن الجناية لا يوجب سقوط ما لزمه بالقتل ويجب له نصف الدية لأن القتل اذا تعقب الجناية قبل الاندمال صار بمنزلة ما لو سرت الى النفس ولو سرت وجب فيها الدية ، وقد اخذ النصف وبقى النصف) .

الشرح اذا قطع رجل أصـــبع رجل ، فقال المجنى عليه : عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها نظرت ــ فان اندمل الجرح ولم يسر الى عضو ولا نفس ــ سقط القـــود والدية ، وبه قال أبو حنيفـــة وأحمـــد ، وقال أبو يوسف ومحمد : ان العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها . وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه مالك وطاوس والحسن وقتادة والأوزاعى .

وقال المزنى لا يصح العفو عن الأرش لأنه أســـقطه قبل وجوبه ، بدليل أنه لا يملك المطالبة به قبل الاندمال . وهذا خطأ لأنه وجب بالجراحة فصح اسقاطه وأما المطالبة به فانه يملك المطالبة به فى أحد القولين ، ولا يملكه فى الآخر فيكون كالدين المؤجل يصح اســـقاطه قبل محل دفعــه . وان سرت الجناية الى كفه واندمل سقط القود والدية فى الأصبع لمـــا ذكرناه . وأما الكف فلا قود فيه لأن القود فى العضو لا يجب بالسراية ولا تصح البراءة من دية ما زاد على الأصـــبع . ومن أصحابنا الخراسانيين من قال يصح لأنه سراية جرح غير مضمون ، والأول أصح لأنه ابراء عما لم يجب .

وان سرت الجناية الى النفس نظرت ــ فان قال عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها ولم يقل وما يحدث منها ــ فان القصاص لا يجب فى الأصبع لأنه عفا عنه بعد الوجوب ، ولا يجب القصاص فى النفس لأن القصاص اذا سقط فى الأصبع سقط فى النفس لأنه يتبعض .

وحكى الخراسانيون عن ابن سريج قولا آخر مخرجا أنه يجب لأنه عفـــا عن القود فى الطرف لا فى النفس . وهذا ليس بمشهور . وأما الأرش فقد عفا عن أرش الأصبع بعد وجوبه ، فينظر فيه ــ فان كان ذلك بلفظ الوصية

بأن قال عفوت عن الجانى عن قود هذه الجناية وأوصيت له بأرشها فقد وجد منه ذلك فى مرض موته •

فان قلنا : لا تصح الوصية للقاتل لم تصح هذه الوصية ، وان قلنا تصح الوصية للقاتل اعتبر أرش الأصبع من ثلث تركته • فان خرج من الثلث صحت الوصية فيه للقاتل ، وان لم يخرج من الثلث لم تصح ، وان كان بلفظ العفو والإبراء بأن قال عفوت عن قود هذه الجناية وديتها ، أو قال أبرأته من أرشها ، ففيه قولان (أحدهما) حكمه حكم الوصية لأنه يعتبر من الثلث ، فعلى هذا يكون على قولين كالوصية للقاتل بلفظ الوصية (والثانى) ليس بوصية ، لأن الوصية ما تكون بعد الموت ، وهذا اسقاط فى حالة الحياة • فعلى هذا يصح الإبراء عن أرش الأصبع ، ويجب عليه تسعة أعشار دية النفس لأنه لم يبرأ منها •

وأما اذا قال : عفوت عن هذه الجناية قودها وديتها وما يحدث منها ، فان القود سقط فى الأصبع والنفس ، لأن العفو يصح عن القصاص الدى لم يجب بدليل أنه لو قال لرجل : اقتلنى ولا شيء عليك فقتله لم يجب عليه قصاص لما تقدم ذكره • وأما الأرش ــ فان كان ذلك بلفظ الوصية بأن قال أوصيت له بأرش الجناية وأرش ما يحدث منها ــ فان قلنا : تصح الوصية للقاتل وخرج جميع الدية من الثلث ــ صحت الوصية ، وان خرج بعضها من الثلث صح ما خرج من الثلث ووجب الباقى : وان قلنا : لا تصح الوصية للقاتل وجبت جميع الدية ، وان قال أبرأته عن أرش هذه الجناية وأرش ما يحدث منها ــ فان قلنا : ان حكم الإبراء حكم الوصية ــ كان على قولين كما لو كان بلفظ الوصية وان قلنا : ان حكم الإبراء ليس كالوصية صحت البراءة فى دية الأصبع لأنها ابراء عنها بعد الوجوب ، ولم تصح البراءة فيما زاد على دية الأصبع ، لأنه ابراء عنها قبل الوجوب • هكذا ذكر الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق •

وقال ابن الصباغ : فى صحة براءته من أرش ما زاد على دية الأصبع قولان من غير بناء على حكم الوصية •

(أحدهما) لا تصح البراءة لأنه ابراء عما لم يجب ، فأشبه اذا عفى عما يتولد من الجناية فسرت الى الكف .

(والثانى) تصح لأن الجناية على الطرف جناية على النفس ؛ لأن النفس لا تباشر بالجناية . وانما يجنى على أطرافها ؛ فاذا عفى بعد الجناية عليها صح ، ويفارق الكف لأن الجناية على الأصبع ليس بجناية على النفس ، لأنه يباشر بالجناية ، فاذا قلنا يصح بنى على القولين فى الوصية للقاتل على ما مضى .

فــرع لو قطع يدى رجل عمداً فبرئت اليدان فقطع المجنى عليه احدى يدى الجانى وعفا عن الأخرى على الدية وقبضها ثم انتقضت يد المجنى عليه ومات لم يكن لورثته القصاص ، لأنه مات من جراحتين احداهما لا قصاص فيها وهى المعفو عنها ، ولا يستحق شيئاً من الدية ، لأنه قد استوفى نصف الدية وما قيمته نصف الدية ، فان لم يمت المجنى عليه ولكن الجانى انتقضت عليه يده ومات لم يرجع ورثته على المجنى عليه بشىء ، لأن القصاص لا تضمن سرايته ؛ وان قطع احدى يدى الجانى فمات من قطعها ، ولم يأخذ بدل اليد الأخرى كان له أن يأخذه لأنه وجب له القصاص فى اليدين ، وقد فاته القصاص فى احداهما بما لا ضمان عليه فيه ، فهو كما لو سقطت بآكلة ومات حتف أنفه .

وان مات المجنى عليه من قطع اليدين ولم تبرأ فقطع الوارث احدى يدى الجانى فمات من قطع يده قبل أن تقطع الأخرى لم يرجع بدية اليد الأخرى ، لأن الجناية اذا صارت نفساً سقط حكم الأطراف ، وقد سرى قطع يد الجانى الى النفس فاستوفى النفس بالنفس ، وليس كذلك اذا برىء اليدان ولم يمت ، فان الاعتبار بالطرفين ولا يسقط بدل احداهما باستيفاء بدل الأخرى ، وهكذا حكم كل طرفين متميزين مثل الرجلين والعينين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل اذا قطع يد رجل فسرى القطع الى النفس فاقتص فى اليـد ثم عفى عن النفس على غير مال لم يضمن اليد لانه قطعها فى حال لا يضمنها ، فاشبه اذا قطع يد مرتد فاسلم ، ولأن العفو يرجع الى ما بقى دون ما استوفى، كما لو قبض من ديته بعضه ثم ابراه . وان عفى على مال وجب له نصف الدية لانه بالعفو صار حقه فى الدية ، وقد اخذ ما يســـاوى نصف الدية فوجب له النصف ، فان قطع يدى رجل فسرى الى نفسه فقطع الولى يدى الجانى ثم عفا عن النفس لم يجب له مال لانه لم يجب له اكثر من دية ، وقد اخذ ما يســاوى دية فلم يجب لشىء . وان قطع نصرانى يد مسلم فاقتص منه فى الطرف ثم سرى القطع الى نفس المسلم فللولى أن يقتله ، لأنه صارت الجناية نفساً وان اختار ان يعفو على الدية ففيه وجهان :

(احدهما) انه يجب عشرة آلاف درهم ، لان دية المســلم اثنا عشر الفاً . وقد اخذ ما يساوى الفى درهم فوجب الباقى (والثانى) انه يجب له نصف ديته وهو ستة آلاف درهم ، لانه رضى ان اخذ يداً ناقصة بيد كاملة ديتها ستة آلاف درهم فوجب الباقى ، وان قطع يديه فاقتص منه ثم سرى القطع الى نفس المسلم فللولى ان يقتله لانه صارت الجناية نفساً ، فان عفى على الدية اخــذ على الوجه الأول ثمانية آلاف درهم لانه اخذ ما يساوى اربعة آلاف درهم وبقى له ثمانية آلاف درهم ، وعلى الوجه الثانى لا شىء له لانه رضى ان ياخذ نفســه بنفسه ، فيصير كما لو استوفى ديته .

وان قطعت امراة يد رجل فاقتص منها ، وثم سرى القطع الى نفس الرجل، فلوليه ان يقتلها لما ذكرناه ، فان عفا على مال وجب على الوجه الأول تســـعة آلاف درهم ، لأن الذى اخذ يساوى ثلاثة آلاف درهم وبقى تسعة آلاف درهم وعلى الوجه الثانى يجب ستة آلاف لانه رضى ان ياخذ يدها بيده ، وذلك بقدر نصف ديته وبقى النصف) .

الشرح اذا قطع يد رجل فسرى القطع الى نفسه فقطع الولى يده ثم عفا عنه فلا ضمان عليه فى اليد ، وكذلك لو قتل رجل رجلا فبــادر الولى فقطع يد الجانى ثم عفا عنه فلا ضمان عليه فى اليد ، وكذلك لو قتــل رجل رجلا فبادر الولى فقطع يد الجانى ثم عفا عنه فلا ضــمان عليه . وقال أبو حنيفة : يلزمه دية اليد .

ولنا أنه قطع يده فى حال أبيح له قطعها فلم يلزمه ضمانه كما لو قطع يد مرتد فأسلم . وأما العفو فانما ينصرف الى ما بقى دون ما استوفى ، وان قطع يهودى يد مسلم فاقتص المسلم من اليهودى ثم مات المسلم فلوليه أن يقتل اليهودى ، فان عفا عنه على مال ففيه وجهان .

(أحدهما) يجب له نصف الدية ، لأن المجنى عليه قد أخذ اليهودى بيده واليد تقوم بنصف الدية فكأنه رضى أن يأخذ يداً ناقصة بيد كاملة .

(والثانى) يستحق خمسة أسداس دية المسلم ، لأن دية يد اليهودى سدس يد المسلم ، وان قطع اليهودى يدى المسلم فاقتص المسلم وقطع يدى اليهودى ثم مات المسلم واختار وليه العفو على مال لم يستحق شيئاً على الوجه الأول ويستحق على الثانى ثلثى دية المسلم . وان قطعت امرأة يد رجل فاقتص منها ثم مات المجنى عليه فلوليه أن يقتلها ، فان عفى عنها على مال استحق على الوجه الأول نصف الدية وعلى الثانى ثلاثة أرباع الدية ، فان قطعت يديه فاقتص منها ثم مات من الجناية ولم يقتلها وليه لكن عفا عنها على مال لم يستحق شيئاً على الوجه الأول ، وعلى الثانى يستحق نصف الدية .

وان قطع رجل يد رجل وهما متساويان فى الدية منه فى اليدين ثم مات المجنى عليه ولم يختر وليه قتله ، لكن عفا عنه على مال لم يستحق شيئاً وجها واحداً لأنه يستحق الدية وقد أخذ ما يساوى الدية .

فرع اذا جرح رجلا مرتداً جراحة ، فأسلم المرتد ثم جاء الجارح ومعه ثلاثة رجال وجرحه كل واحد منهم جراحة يموت من مثلها ومات من الجراحات الخمس لم يجب القصاص فى النفس لأنه مات من جراحة مضمونة وغير مضمونة فيجب فيها سبعة أثمان الدية وعلى الذى جرحه فى الردة ثمن الدية ، وعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية ، لأنه مات من خمس جراحات الا أن الذى جرحه فى حال الردة يسقط عنه ما خص الجراحة فى حال الردة ، لأن الدية تقسم على عدد الجارحين لا على عدد الجراحات ، فكان الذى يخص الجانى الأول ربع الدية فسقط عنه الثمن ، وان جنى عليه ثلاثة

رجال فى ردته فأسلم ثم جنى عليه أحد من غيرهم ومات من الجراحات وجب على الذى جرحه بعد أن أسلم ربع ديته ويسقط عنه ثلاثة أرباع ديته • وان كان الذى جنى عليه بعد الاسلام أحد الثلاثة وجب عليه سدس الدية ، ولم يجب على الباقين شئ •

وان جرحه ثلاثة فى حال ردته ثم عاد الى الاسلام وجاء أحد الثلاثة مع أربعة غير الثلاثة وجرحوه ومات من الجراحات ، فقد مات من جراحة سبعة فسقط سبعا الدية ، وهما ما يخص الرجلين الجارحين فى الردة ويجب على الأربعة الذين انفردوا بالجراحة فى الاسلام أربعة أسباع الدية ويجب على الذى جرحه فى الردة والاسلام نصف سبع الدية • وان جرحه أربعة فى ردته ثم عاد أحدهم وجرحه بعد اسلامه ومات من الجراحات وجب على الذى جرحه بعد اسلامه ثمن الدية ويسقط باقى ديته ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

كتـــــــاب الديات

باب من تجب الدية بقتله ، وما تجب به الدية من الجنايات

(تجب الدية بقتل المسلم لقوله تعالى : ((ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله)) وتجب بقتل الذمى والمستأمن ، ومن بيننــا وبينهم هدنة ، لقوله تعــالى : ((وان كان من قوم بينــكم وبينهــم ميثاق فدية مسلمة الى أهله وتحرير رقبة مؤمنة)) وتجب بقتل من لم تبلغه الدعوة لأنه محقون الدم مع كونه من أهل القتال ، فكان مضمونا بالقتل كالذمى .

فصـــــل وان قطع طرف مسلم ثم ارتد ومات على الردة وقلنا : انه لا يجب القصاص فى طرفه ، أو قلنا يجب فعفى عن القصاص على مال ، ففيــه قولان (احدهما) لا تجب دية الطرف ، لأنه تابع للنفس فى الدية ، فاذا لم تجب دية النفس لم تجب دية الطرف (والثانى) انه تجب وهو الصحيح ، لأنه الجناية أوجبت دية الطرف ، والردة قطعت سراية الجرح فلا تسقط ما تقدم وجوبه ، كما لو قطع يد رجل ثم قتل الرجل نفسه ، فان جرح مسلما ثم ارتد ثم اسلم ومات فان اقام فى الردة زمانا تسرى فيه الجناية ففيه قولان .

(أحدهما) تجب دية كاملة لأن الاعتبار فى الدية بحال استقرار الجناية . والدليل عليه انه لو قطع يديه ورجليه واندملت وجبت له ديتان ، ولو سرت الى النفس وجبت دية ، وهذا مسلم فى حال استقرار الجناية ، فوجب فيــه دية مسلم (والثانى) يجب نصف الدية ، لأن الجناية فى حال الاسلام توجب ، والسراية فى حال الردة تسقط ، فوجب النصف ، كما لو جرحه رجل وجرح نفسه فمات . وان لم يقم فى الردة زمانا تسرى فيه الجنايةوجبت دية مسلم ؛ لأنه مسلم فى حال الجناية ، وفى حال استقرار الجناية ، ولا تأثير لما مضى فى حال الردة ، فلم يكن له حكم .

فصـــــل وان قطع يد مرتد ثم أسلم ومات لم يضمن . ومن أصحابنا من قال تجب فيه دية مسلم لأنه مسلم فى حال استقرار الجناية فوجبت ديته

والمذهب الأول لأنها سراية قطع غير مضمون فلم يضمن كسراية القصاص وقطع السرقة .

فصل وان أرسل سهما على حربى فاصابه وهو مسلم ومات وجبت فيه دية مسلم .

وقال أبو جعفر الترمذى : لا يلزمه شيء لأنه وجد السبب من جهته فى حال هو مامور بقتله ولا يمكنه تلافى فعله عند الاسلام فلا يجب ضمانه ، كما لو جرحه ثم اسلم ومات ، والمذهب الأول ، لأن الاعتبار بحال الاصابة دون حال الارسال لأن الارسال سبب والاصابة جناية ، والاعتبار بحال الجناية لا بحال السبب ، والدليل عليه انه لو حفر بئرا فى الطريق وهناك حربى فأسلم ووقع فيها ومات ضمنه ، وان كان عند السبب حربيا ، ويخالف اذا جرحه ثم اسلم ومات ، لان الجناية هناك حصلت وهو غير مضمون . وان أرسل سهما على مسلم فوقع به وهو مرتد فمات لم يضمن ، لأن الجناية حصلت وهو غير مضمون فلم يضمنه ، كما لو ارسله على حى فوقع به وهو ميت .

الدية فى ضوء الفقه الاسلامى (١)

الدية : معناها وطبيعتها : ـ

تطلق الدية ـ فى اللغة ـ من ودى القاتل والمقتول دية ، اذا اعطى وليه المال . وقال صاحب القاموس انها حق القتيل وجمعها ديات ووداه اعطاه ديته ، وهى مشتقة من الاداء لأنها مال مؤدى فى مقابل ما تلف نفسا . وهى فى الشرع اسم للمال (ماله قيمة) الذى هو بدل النفس .

ويتصل بمصطلح الدية اتصالا شرعيا مصطلح الأرش ، ويقصد به المال الواجب فى الجناية على ما دون النفس ، اى جزء الدية كالدية على بعض اعضاء الجسم كاليد والعين .

كما يتصل بالمصطلح ايضا مصطلح العقل ويعنون به نفس القدر الواجب فى الدية ، حيث كان اهل القاتل ياتون بالابل فيعقلونها ـ يقيدونها ـ ليلا فى فناء اهل المقتول فمن هنا اطلق عليها العقل ، ويعنون الدية نفسها . وهناك مصطلح العاقلة الذى يعنى عصبة القاتل واهله الذين يشاركونه فى دفع الدية . وسميت عاقلة لانها تعقل الدماء ، اى تمنعها من أن تسفك بمناصرة من ينتمى اليها .

---

(١) ملف الشرق الأوسط الفقهى بقلم : د. عبد الحليم عويس .

وطبيعة الدية شخصية ، مثل كل جريمة ، فانها تخضع — فى الأصل — لقوله تعالى ((كل نفس بما كسبت رهينة)) .

وهذا باستثناء دية الخطأ فأنها على العاقلة أى عصبة القاتل كلهم ، وهذا لمعان عظيمه أرادها الاسلام حيث ان المخطىء المتهاون بدماء الناس لا يفعل ذلك الا لشعوره بالاعتماد على اهله ، وانهم قوته التى تقف خلفه ، وقد تنصره ظالما ، كما أنهم ايضا — قد قصروا فى زجره عن ارتكاب الجريمة سواء بالتربية أم التعليم .

الدية بديل للسجون والمعتقلات : —

من بين اسباب التعزير التى ترك امرها لتقدير ولاة الأمور كان السجن هو آخر عقوبة لجأ اليها أولو الأمر فى عصور التشريع هذا اذا كانوا قد لجأوا اليه . ان الاسلام والمسلمين الراشدين ادركوا أن السجون ليست الحل لمشكلة الجرائم ، فهى قد تزيد المجرم اجراما ، وقد تحول النظيف الى مجرم مشبع بالحقد والكراهية .

فالعقوبات اما أن تكون سريعة حاسمة تقضى على بذرة الجريمة فى نفس الفرد ، وتشيع احترام العقوبه والعدل منها بين المجتمع او لا تكون . ومن هنا جاء الاسلام بالحدود ، والتعذير فى جوانب ، ثم جاء فى القتل بالقصاص او الدية ، وبهذا يقضى الاسلام على آثار الجريمة بأقصى سرعة ممكنة .

اما العلمانيون فينادون بالسجون بديلا بالقصاص والدية ، وهو بديل فاسد ، لأنه لم يرح المجرم الذى يعيش حياة الموت خير منها فضلا عن الدية ولم يرح المجنى عليهم لأنهم يدركون أن المجرم حى ، ولربما يخرج يوما الى النور ، وستعود الشكوت سيرتها الأولى . فالسجن جريمة مزدوجة ، بينما القصاص والدية حلان متكاملان يحققان العدل والرحمة فى سياق واحد .

وفى راينا ان تطبيق الشريعة يغنى عن هذه السجون التى ابتليت بها البشرية ، وأصبحت — فى الأقل — بيتا للمجرمين ، وفى الاكثر معتقلا للصالحين والمصلحين .

والأولى ان نعود الى حدود الاسلام فى حدود ما شرعه الاسلام .

الدية من خصائص هذه الأمة : —

يجمع فقهاء التشريع وعلماء التفسير على ان الدية (اى التنازل عن الدم مقابل بعض المال ، او مقابل العدد المعروف من الابل) انما هى من

خصائص هذه الأمة . فقد روى البخاري والنسائي والدارقطني عن ابن عباس قال : « كان في بني اسرائيل القصاص ولم تكن فيهم الدية » ، فقال الله لهذه الأمة « كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى فمن عفى له من أخيه شيء » فالعفو يقبل الدية في العمد « فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان » يتبع بمعروف ويؤدى اليه باحسان « ذلك تخفيف من ربكم ورحمة » مما كتب على من كان قبلكم « فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب اليم » أي قتل بعد قبوله الدية .

ومما يؤيد ان تشريع القصاص – اولا – ثم الدية – ثانيا – من خصائص هذه الأمة ، ما ورد في تفسير قوله تعالى « ذلك تخفيف من ربكم ورحمة » فقد ثبت ان اهل التوراة كان لهم القتل ولم يكن لهم غير ذلك ، واهل الانجيل فكان لهم العفو ، ولم يكن لهم قود ولا دية فجعل الله تعالى ذلك تخفيفا لهذه الأمة ، فمن شاء قتل ومن شاء اخذ الدية ، ومن شاء عفا . وقوله تعالى « فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب اليم » تفسيره ان من قتل بعد اخذ الدية وسقوط دم وليه « فله عذاب اليم » . قال الحسن : كان الرجل في الجاهلية اذا قتل قتيلا فر الى قومه فيجيء قومه ويصالحون بالدية ، فيقول ولي المقتول : اني اقبل الدية حتى يامن القاتل ويخرج ، فيقتله من يرمى اليه بالدية .

واختلف العلماء من قتل بعد اخذ الدية فقال جماعة من العلماء منهم مالك والشافعي (هو كمن قتل ابتداء) ان شاء الولي قتله وان شاء عفا عنه وعذبه في الآخرة ، وقال قتادة وعكرة والسدى وغيرهي : عذابه أن يقتل البتة ، ولا يمكن الحاكم الولي من العفو .

وروى ابو داود عن جابر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اني رسول الله صلى الله عليه وسلم : واني لا اعفى من قتل بعد اخذ الدية » .

وقال الحسن : عذابه ان يرد الدية فقط ، ويبقى اثمه الى عذاب الآخرة ، وقال عمر بن عبد العزيز : أمره الى الامام يصنع فيه ما يرى .

الشرح له تعالى « ومن يقتل مؤمنا الخ الآية » نزلت هذه الآية بسبب قتل عياش بن أبي ربيعة الحارث بن يزيد بن ابى أنيسة العامرى لحنة (أى احنة وحقد) كانت بينهما ، حيث كان يعذبه في مكة بسبب اسلامه . فلما هاجر الحارث مسلما لقيه عياش فقتله ولم يشعر باسلامه ، فلما أخبر أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله انه كان من

امرى وأمر الحارث ما قد علمت ، ولم أشعر باسلامه حتى قتلته ، فنزلت الآية ، أخرجه ابن جرير عن عكرمة ، واخرج نحوه عن مجاهد والسدى.

وأخرج ابن اسحاق وأبو يعلى والحرث بن أبى أسامة وأبو مسلم الكجى عن القاسم بن محمد نحوه ، وأخرج بن أبى حاتم من طريق سعيد ابن جبير عن ابن عباس نحوه •

أما قوله تعالى : « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق الخ الآية » فقد اختلف فيها أهل العلم فذهب ابن عباس والشعبى والنخعى والشافعى، واختاره الطبرى فى تفسيره أن هذا فى الذمى والمعاهد يقتل خطأ فتجب الدية والكفارة • وقال الحسن وجابر بن زيد وابراهيم ايضاً : ان كان المقتول خطأ مؤمنا من قوم معاهدين لكم فعهدهم يوجب أنهم أحق بدية صاحبهم فكفارته التحرير وأداء الدية ، وقرأها الحسن « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق وهو مؤمن » قال الحسن اذا قتل المؤمن الذمى فلا كفارة عليه • قال ابن العربى : والجملة عندى محمولة حمل المطلق على المقيد •

وجملة ذلك أن الدية تجب بقتل المسلم والذمى • قال العمرانى : معنى قوله تعالى « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهلة » اذا قتله فى دار الاسلام • ومعنى قوله تعالى « وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة » أى اذا كان رجل من المسلمين فى بلاد المشركين فحضر معهم الحرب ورماه رجل من المسلمين فقتله • تقديره فى قوم عدو لكم ، ومعنى قوله تعالى « وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق » أهل الذمة •

ومن السنة ما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن « وفى النفس مائة من الابل » وهو اجماع الا خلاف فى وجوب الدية اهـ ، قلت والخلاف فى وجوب الكفارة •

اذا ثبت هذا فان القتل ثلاثة أنواع : خطأ محض وعمد محض وشبه عمد . ويقال عمد الخطأ ، فتجب الدية فى الخطأ المحض ، وهو أن يكون مخطئا فى الفعل والقصد ، مثل أن يقصد طيرا فيصيب انسانا للآية.

وأما العمد المحض فهو أن يكون عامدا فى الفعل عامدا فى القصد ، فهل يجب فيه القود ، والدية بدل عنه ؟ أو يجب فيه أحدهما لا بعينة ؟ فيه قولان مضى ذكرهما آنفا .

وأما شبه العمد وهو أن يكون عامدا فى الفعل مخطئا فى القصد ، مثل أن يقصد ضربه بما لا يقتل مثله غالبا فيموت منه فتجب فيه الدية . وقال مالك رحمه الله : القتل يتنوع نوعين : خطأ محض وعمد محض . وأما عمد الخطأ فلا يتصور لأنه يستحيل أن يكون القائم قاعدا . دليلنا ما أخرجه أصحاب السنن الا الترمذى من حديث عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ألا ان قتيل الخطأ شبه العمد ، قتيل السوط أو العصا فيه مائة من الابل ، منها أربعون فى بطونها » وعندهم مثله عن عبد الله بن عمر وما بقى من الفصول فعلى وجهها وقد تضمنت فصولنا السابقة ايضاحا لها وبيانا لمذاهب المسلمين فى باب العفو عن القصاص . وسيأتى فى الفصل بعده مزيد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قتل مسلما تترس به الكفار لم يجب القصاص ، لأنه لا يجوز أن يجب القصاص مع جواز الرمى ، وأما الدية فقد قال فى موضع تجب . وقال فى موضع ان علمه مسلما وجبت ، فمن اصحابنا من قال : هو على قولين .

(احدهما) انها تجب ، لأنه ليس من جهته تفريط فى الاقامة بين الكفار فلم يسقط ضمانه .

(والثانى) انه لا تجب لأن القاتل مضطر الى رميه ، ومنهم من قال : ان علم انه مسلم لزمه ضمانه ، وان لم يعلم لم يلزمه ضمانه ، لأن مع العلم

باسلامة يلزمه ان يتوقاه ، ومع الجهل باسلامه لا يلزمه ان يتوقاه ، وحمل القولين على هذين الحالين وقال أبو اسحاق : ان عينه بالرمى ضمنه ، وان لم يعنه لم يضمنه ، وحمل القولين على هذين الحالين .

فصل وتجب الدية بقتل الخطأ لقوله عز وجل « ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله » وتجب بقتل العمد فى احد القولين وبالعفو على الدية فى القول الآخر ، وقد بيناه فى الجنايات ، وتجب بشبه العمد لما روى عبد الله بن عمر رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : الا ان فى دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الابل ، منها اربعون خلفة فى بطونها اولادها » فان غرز ابرة فى غير مقتل فمات ، وقلنا انه لا يجب عليه القصاص ففى الدية وجهان (احدهما) انها تجب لأنه قد يفضى الى القتل . (والثانى) لا تجب لأنه لما لم تجب باقل المثقل وهو الضرب بالقلم والرمى بالحصاة لم تجب باقل المحدد) .

الشرح اذا أسر المشركون مسلما فتترسوا به فى القتال يتوقون به الرمى ويختفون وراءه فى رميهم فقتله رجل من المسلمين بالرمى لم يجب عليه القصاص ، لأنه يجوز له رميهم ، وأما الدية فقد قال الشافعى رحمة الله فى موضع : تجب . وقال فى موضع لا تجب . فمن أصحابنا من قال فيه قولان (أحدهما) يجب لأنه ليس من جهته تفريط فى الاقامة بينهم فلم يسقط ضمانه (والثانى) لا تجب لأن القاتل مضطر الى رميه ، ومنهم من علق ضمانه على علم الرامى بأنه مسلم ، وان لم يعلم لم يلزمه ضمانه لأنه يلزمه أن يتوقاه عن الرمى اذا علمه . ولا يلزمه أن يتوقاه اذا لم يعلم .

وقال أبو اسحاق المروزى : ان عينه بالرمى ـ أى قصده ـ ضمنه ، وان لم يقصده لم يضمنه ، وحملهما على هذين الحالين ، ومأخذ الشافعى فى قوله بالوجوب ما رواه عن عروة بن الزبير قال « كان أبو حذيفة اليمان شيخا كبيرا فرفع فى الآكام مع النساء يوم أحد فخرج يتعرض للشهادة فجاء من ناحية المشركين فابتدره المسلمون فتوشقوه بأسيافهم وحذيفة يقول « أبى أبى » فلا يسمعونه من شغل الحرب حتى قتلوه ، فقال حذيفة : يغفر الله لكم وهو أرحم الراحمين ، فقضى النبى صلى الله عليه وسلم بديته » .

مسـألة وجوب الدية فى كلا الحـالين العمد والخطأ سبق لنـا شرحه فى الجنايات • أما شبه العمد فقد تقرر وجوبها بحديث ابن عمر رضى الله عنهما مرفوعا « ألا ان فى دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسـوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفـة فى بطونها أولادها » وقد أجمع أهل العلـم على أن الابل أصل فى الدية ، وأن دية الحر مائة منهـا ، وقد دلت الأحاديث الواردة كحديث ابن عمر وحديث عمرو بن حزم وحديث ابن مسعود • وظاهر كلام الخرقى من الحنابلة أن الأصل فى الدية الابل لا غير ، وهو احدى الروايتين عن أحمد ، وهو قول طاوس وابن المنذر •

وقال بعض أصحاب أحمد : لا يختلف المذهب أصـول الدية الابل والذهب والفضة والبقر والغنم ، وهو قول عمر وعطاء وطاوس وفقهـاء المدينة السبعة • وبه قال الثورى وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحمد ، لأن عمرو بن حزم روى فى كتابه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن « وأن فى دية النفس المؤمنـة مائة من الابل ، وعلى أهل الورق ألف دينار » رواه النسائى •

وروى ابن عباس « أن رجلا من بنى عدى قتل فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ديتـه اثنى عشر ألفـا » رواه أبو داود وابن ماجه • وروى الشعبى أن عمر جعل على أهل الذهب ألف دينار •

وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن عمر قام خطيبا فقال « ألا ان الابل قد غلب فقوم على أهل الذهب ألف دينار ، وعلى أهل الورق اثنى عشر ألفا ، وعلى أهل البقر مائتى بقرة ، وعلى أهل الشاء ألفى شاة ، وعلى أهل الحلل مائتى حلة » رواه أبو داود ، ورواه أبو داود من حديث جابر مرفوعا • قال الشوكانى : فى هذه الأحاديث رد على من قال ان الأصل فى الدية الابل ، وبقية الأصناف مصالحة لا تقدير شرعى اهـ • والمعروف أن أبا حنيفة والشافعى فى قول له أن الدية من الابل للنص ، ومن النقدين تقويما اذ فيهما قيم المتلفات • وقال مالك والشافعى فى قول له : الى أنها اثنا عشر ألف درهم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وتجب على الجماعة اذا اشتركوا فى القتل وتقسم بينهم على عددهم لانه بدل متلف يتجزأ ، فقسم بين الجماعة على عددهم ، كغرامة المال ، فان اشترك فى القتل اثنان وهما من أهل القود فللولى أن يقتص من أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية ، وان كان أحدهما من اهل القود والآخر من أهل الدية فله ان يقتص ممن عليه القود ويأخذ من الآخر نصف الدية .

فصـــــل وتجب الدية بالاسباب ، فان شهد اثنان على رجل بالقتل فقتل بشهادتهما بغير حق ثم رجعا عن الشهادة كان حكمهما فى الدية حكم الشريكين ، لما روى ان شاهدين شهدا عند على كرم الله وجهه على رجل انه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال : لو اعلم انكما تعمدتما لقطعت أيديكما ، واغرمهما دية يده .

فصـــــل وان أكره رجل على قتل رجل فقتله ــ فان قلنا : انه يجب القود عليهما ــ فللولى أن يقتل من شاء منهما ، ويأخذ نصف الدية من الآخر لأنهما كالشريكين فى القتل اذا كانا من اهل القود ، وان قلنا لا يجب القود الا على المكره الآمر دون المكره ، فللولى أن يقتل المكره ، ويأخذ من الآخر نصف الدية لانهما كالشريكين ، غير ان القصاص يسقط بالشبهة فسقط عنه ، والدية لا تسقط بالشبهة فوجب عليه نصفها) .

الشرح اذا اشترك جماعة فى قتل رجل وجبت عليه دية ، ويقسم بينهم على عددهم لأنه بدل متلف يتجزأ فقسم بينهم على عددهم كغرامة المتلف فان كان القتل موجبا للقود ــ واختار الولى أن يقتل بعضهم ويعفو عن الباقين على حصتهم من الدية ــ كان له ذلك .

وان شهد رجلان على رجل بما يوجب القتل والقطع بغير حق مخطئين وجبت عليهما الدية لما ذكرناه قبل هذا فى الشاهدين عند على رضى الله عنه على رجل فى السرقة . وان أكره رجل رجلا على قتل انسان فقتله فصار الأمر الى الدية فهى عليهما لأنهما كالشريكين ، ولهذا ان قلنا يجب القود عليهما فللولى أن يقتل من شاء منهما ويأخذ نصف الدية من الثانى ، وان قلنا : ان القود لا يجب الا على المكره ــ بكسر الراء ــ وهو الآمر دون

المكره ــ بفتح الراء ــ كان القصاص على الآمر ونصف الدية على المأمور ، لأنهما وان كانا كالشريكين الا أن القصاص اذا سقط بالشبهة عنه فلا تسقط الدية بالشبهة فلزمه نصفها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل وان طرح رجلا فى نار يمكنه الخروج منها فلم يخرج حتى مات ، ففيه قولان (أحدهما) أنه تجب الدية ، لأن ترك التخلص من الهلاك لا يسقط به ضمان الجناية ، كما لو جرحه جراحة وقدر المجروح على مداواتها فترك المداواة حتى مات . والقول الثانى أنها لا تجب ــ وهو الصحيح ــ لأن طرحه فى النار لا يحصل به التلف . وانما يحصل ببقائه فيها باختياره ، فسقط ضمانه كما لو جرحه جرحاً يسيراً لا يخاف منه فوسعه حتى مات . وان طرحه فى ماء يمكنه الخروج منه فلم يخرج حتى مات ففيه طريقان . من أصحابنا من قال فيه قولان كالنار . ومنهم من قال لا تجب قولا واحداً ، لأن الطرح فى الماء ليس بسبب للهلاك ، لأن الناس يطرحون انفسهم فى المـاء للسباحة وغيرها ، وانما حصل الهلاك بمقامه فيه فسقط ضمانه بخلاف النار .

فصــــل وان شد يديه ورجليه وطرحه فى ساحل فزاد المـاء وهلك فيه نظرت ــ فان كانت الزيادة معلومة الوجود كالمد بالبصرة فهو عمد محض ويجب به القصاص ، لأنه قصد تغريقه ، وان كان قد يزيد وقد لا يزيد فهو عمد خطأ وتجب بم الدية المغلظة ، فان كان فى موضع لا يزيد فيه المـاء فزاد وهلك فيه فهو خطأ محض وتجب فيه الدية مخففة ، وان شد يديه ورجليه وطرحه فى ارض مسبعة فقتله السبع فهو عمد خطأ وتجب فيه دية مغلظة ، وان كان فى أرض غير مسبعة فقتله السبع فهو خطأ محض وتجب فيه دية مخففة .

الشرح مضى فى الجنايات حكم من ألقى آخر فى نار أو ماء يغرقه ولا يمكنه التخلص منه اما لكثرة الماء أو النار ، واما لعجزه عن التخلص لمرض أو صغر أو كونه مربوطا أو منعه الخروج أو كونه فى حفرة لا يقدر على الصعود منها ونحو هذا ، أو ألقاه فى بئر ذات نقش فمات به عالما بذلك ، فهذا كله عمد لأنه يقتل غالبا ، وان ألقاه فى ماء يسير يقدر على الخروج منه فلبث فيه اختيارا حتى مات فلا قود فيه ولا دية ، لأن هذا

الفعل لم يقتله ، وانما حصل موته بلبثه فيه وهو فعل نفسه فلم يضمنه غيره . وكذلك اذا تركه فى نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو لكونه فى طرف منها يمكنه الخروج بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قود وهل يضمنه ؟ فيه طريقان لأصحابنا ووجهان لأصحاب أحمد .

(أحدهما) لا يضمنه لأنه مهلك لنفسه باقامته فلا يضمنه ، كما لو ألقاه فى ماء يسير لكن يضمن ما أصابت النار منه .

(والثانى) يضمنه لأنه جان بالالقاء المفضى الى الهلاك ، وترك التخلص لا يسقط الضمان ، كما لو قصده فترك شد قصاده مع امكانه ؛ أو جرحه فترك مداواة جرحه ، وفارق الماء لأنه لا يهلك بنفسه ، ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة والصيد ، وأما النار فيسيرها يهلك ، وانما تعلم قدرته على التخلص بقوله أنا قادر على التخلص او نحو هذا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل **وان سلم صبيا الى سابح ليعلمه السباحة فغرق ضمنه السابح ، لأنه سلمه اليه ليحتاط فى حفظه ، فاذا هلك بالتعليم نسب الى التفريط فضمنه كالمعلم اذا ضرب الصبى فمات ، وان سلم البالغ نفسه الى السابح فغرق لم يضمنه ، لأنه فى يد نفسه فلا ينسب الى التفريط فى هلاكه الى غيره فلا يجب ضمانه .**

فصل **وان كان صبى على طرف سطح فصاح رجل ففزع فوقع من السطح ومات ضمنه لأن الصياح سبب لوقوعه ، وان كان صياحه عليه فهو عمد خطأ وان لم يكن صياحه عليه فهو خطأ ، وان كان بالغ على طرف سطح فسمع الصيحة فى حال غفلته فخر ميتا ففيه وجهان (احدهما) انه كالصبى لأن البالغ فى حال غفلته يفزع من الصيحة كما يفزع الصبى (والثانى) لا يضمن لأن معه من الضبط ما لا يقع به مع الغفلة .**

فصل **وان بعث السلطان الى امراة ذكرت عنده بسوء ففزعت فالقت جنينا ميتا وجب ضمانه لما روى « ان عمر رضى الله عنه ارسل الى امراة مغيبة كان يدخل عليها ، فقالت يا ويلها ما لها ولعمر ، فبينا هى فى**

الطريق اذ فزعت فضربها الطلق ، فالقت ولدا فصاح الصبى صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر رضى الله عنه اصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فأشار بعضهم ان ليس عليك شىء انما انت وال ومؤدب وصمت على رضى الله عنه ، فأقبل عليه فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال ان كانوا قالوا برأيهم فقد اخطأ رأيهم ، وان كانوا قالوا فى هواك فلم ينصحوا لك ، ان ديته عليك ، لأنك انت افزعتها فالقت » وان فزعت المراة فماتت لم تضمن لأن ذلك ليس بسبب لهلاكها فى العادة) .

الشرح خبر المرأة التى أفزعها الطلق أخرجه البيهقى عن الحسن وهو منقطع بينه وبين عمر ورواه عبد الرزاق عن معمر عن مطر الوراق عن الحسن ورواه الشافعى بلاغا عن عمر مختصرا .

اما الأحكام فانه اذا دفع ولده الصغير الى سابح ليعلمه السباحة فغرق الصبى فعلى عاقلة السابح ديته وعليه الكفارة فى ماله لأنه أخذه للتعليم ، فاذا تلف فى طريق التعليم كان عليه ضمانه كالمعلم اذا ضرب صبيا فمات ، ولأن هذا فى الغالب لم يغرق الا بتفريط من السابح فيكون عمد خطأ ، وان سلم البالغ نفسه الى السابح ليعلمه السباحة فغرق لم يجب ضمانه ، لأنه فى يد نفسه ، ولا ينسب التفريط فى هلاكه الى غيره فلا يجب ضمانه .

مسألة اذا كان صبى أو بالغ معتوه على حائط أو حافة نهر فصاح رجل صياحا شديدا ففزع من الصياح فسقط ومات أو زال عقله وجبت ديته على عاقلة الصائح ، لأن صياحه سبب لوقوعه ، وان كان صياحه عليه ديته على عاقلة الصائح ، لأن صياحه سبب لوقوعه ، وان كان صياحه عليه فهو عمد خطأ ، وان كان صياحه على غيره فهو خطأ محض .

وان كان الرجل بالغا عاقلا فسمع الصيحة وسقط ومات أو زال عقله . فان كان متيقظا لم يجب ضمانه لأن الله تعالى لم يجر العادة لا معتادا ولا نادرا أن يقع الرجل الكبير العاقل من الصياح ، فاذا مات علمنا أن صياحه وافق موته ، فهو كما لو رماه بثوب فمات ، وان كان فى حال غفلته فسمع الصيحة فمات أو زال عقله ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو المنصوص أنه لا يجب ضمانه لما ذكرناه .

(والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، أنه يجب ضمانه ، لأن الانسان قد يفزع من ذلك فى حال غفلته . وان شهر السيف على بالغ عاقل فزال عقله لم يجب ضمانه ، وان شهره على صبى أو معتوه فزال عقله وجب ضمانه . وقال أبو حنيفة : لا يجب ضمانه . ولنا أن هذا سبب فى تلفه — فان كان متعديا — ضمن كما لو حفر بئرا فوقع فيها . وقال أحمد : لو شهر سيفا فى وجه انسان أو دلاه من شاهق فمات من الروع أو ذهب عقله بذلك الفعل فعليه ديته ، ثم وافقنا أحمد فى الصبى البالغ عنده قولا واحدا وكذلك عند سائر أصحابه .

مسألة اذا بعث السلطان الى امرأة ذكرت عنده بسوء وكانت حاملا ففزعت فأسقطت جنينها وجب على الامام ضمانه . وقال أبو حنيفة : لا يجب . دليلنا ما روى الشافعى والبيهقى وعبد الرزاق أن امرأة ذكرت عند عمر رضى الله عنه بسوء فبعث اليها فقالت : يا ويلها ما لها ولعمر ، فبينما هى فى الطريق اذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولدا فصاح صيحتين ثم مات ، فاستشار عمر أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فقال له عثمان وعبد الرحمن : لا شىء عليك انما أنت وال ومؤدب ، وصمت على رضى الله عنه ، فقال له ما تقول ؟ فقال على : ان اجتهدا فقد أخطآ وان لم يجتهدا فقد غشاك ، ان ديته عليك لأنك أنت أفزعتها فألقت ، فقال عمر عزمت عليك لا برحت حتى تفرقها على قومك — يعنى قوم عمر — ولم ينكر عثمان وعبد الرحمن ذلك فدل على أنهما رجعا الى قوله وصار اجماعا وان فزعت فماتت لم يجب ضمانها ، لأن ذلك ليس بسبب لهاكها .

وقال أحمد : تجب الدية فى المرأة أيضا لأنها نفس هلكت بارساله اليها فضمنها كجنينها ، أو نفس هلكت بسببه فغرمها ، كما لو ضربها اتت ، ولا يتعين فى الضمان كونه سببا معتادا فان الضربة والضربتين ت سببا للهلاك فى العادة ، ومتى أفضت اليه وجب الضمان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وان طلب رجلا بصيرا بالسيف ، فوقع فى بئر او القى نفسه من شاهق فمات لم يضمن ، لان الطلب سبب والالقاء مباشرة فاذا اجتمعا سقط حكم السبب بالمباشرة . ولان الطالب لم يلجئه الى الوقوع لانه لو ادركه جاز ان لا يجنى عليه ، فصار كما لو جرحه رجل فذبح المجروح نفسه ، وان طلب ضريرا فوقع فى بئر او من شاهق ومات فان كان عالما بالشاهق او بالبئر لم يضمن ، لانه كالبصير ، وان لم يعلم وجب ضمانه ، لانه الجاه اليم فتعلق به الضمان ، كالشهود اذا شهدوا بالقتل ثم رجعوا ، وان كان المطلوب صبيا او مجنونا ففيه وجهان بناء على القولين فى عمدهما . هل هو عمد او خطأ ؟ فان قلنا ان عمدهما عمد لم يضمن الطالب الدية . وان قلنا انه خطأ ضمن .

وان طلب رجل رجلا فافترسه سبع فى طريقه نظرت ، فان الجاه الطالب الى موضع السبع ، ضمنه كما لو القاه عليه ، وان لم يلجئه اليه لم يضمنه ، لانه لم يلجئه اليه ، وان انخسف من تحته سقف فسقط ومات ففيه وجهان (احدهما) لا يضمن كما لا يضمن اذا افترسه سبع (والثانى) : يضمن لانه الجاه الى ما لا يمكنه الاحتراز منه .

فصـــــل وان رماه من شاهق فاستقبله رجل بسيف فقده نصفين نظرت ، فان كان من شاهق يجوز ان يسلم الواقع منه ، وجب الضمان على القاطع لان الرامى كالجارح والقاطع كالذابح ، وان كان من شاهق لا يسلم الواقع منه ففيه وجهان (احدهما) انه يجب الضمان عليهما ، لان كل واحد منهما سبب للاتلاف فصار كما لو جرحاه (والثانى) ان الضمان على القاطع ، لان الرامى انما يكون سببا للتلف اذا وقع المرمى على الارض ، وههنا لم يقع على الارض وصار الرامى صاحب سبب ، والقاطع مباشرا فوجب الضمان على القاطع .

فصـــــل اذا زنى بامراة وهى مكرهة واحبلها وماتت من الولادة ففيه قولان .

(احدهما) يجب عليه ديتها لانها تلفت بسبب من جهته تعدى به فضمنها .

(والثانى) لا يجب لان السبب انقطع حكمه بنفى النسب عنه) .

الشرح اذا طلب رجل رجلا بصيرا بالسيف ففر منه فالقى نفسه

من سطح وهو يراه أو تردى فى بئر أو نار وهو يراها فمات لم يجب على الطالب ضمانه لأنه حصل من الطالب بسبب غير ملجىء ، ومن المطلوب مباشرة فتعلق الحكم بالمباشرة دون السبب ، كما لو خاف منه فقتل نفسه.

وان طلب أعمى بالسيف ففر منه ووقع من سطح أو فى بئر أو نار فمات فان كان عالما بالسطح والبئر والنار فلا ضمان على الطالب لما ذكرناه فى البصير . وان كان المطلوب غير عالم بالسطح والبئر والنار ، أو كان المطلوب بصيرا ولم يعلم السطح والبئر والنار وفر منه على سطح يحسبه قويا فانخسف من تحته وجبت الدية على عاقلة الطالب لأنه ألجأه الى الهرب ، وان فر منه فافترسه سبع فى طريقه لم يجب على الطالب ضمانه لأنه لم يلجىء السبع الى قتله . وان ألجأ المطلوب الى الفرار ، وذلك سبب وأكل السبع فعل ، فاذا اجتمع السبب فى الفعل تعلق الضمان بالفعل دون السبب . وان طلب صبيا أو مجنونا بالسيف ففر منه وألقى نفسه من سطح فمات — فان قلنا ان عمدهما عمد — لم يضمن الطالب الدية وان قلنا ان عمدهما خطأ ضمن .

مسألة قوله : وان رماه من شاهق فاستقبله الخ . فجملة ذلك أنه اذا رمى رجلا من شاهق مرتفع يموت منه غالبا اذا وقع فقطعه رجل نصفين قبل أن يقع ففيه وجهان :

(أحدهما) أنهما قاتلان فيجب عليهما القود أو الدية ، لأن كل واحد منهما قد فعل فعلا لو انفرد به لمات منه غالبا فصار كالجارحين .

(والثانى) أن القاتل هو القاطع ، لأن التلف انما حصل بفعله فصار كما لو جرحه رجل وذبحه الآخر ويعزر الأول ، وان كان الشاهق مما لا يموت منه غالبا كان القاتل هو القاطع وجها واحدا ، لأن ما فعله الأول لا يجوز أن يموت منه ، وان زنى بامرأة وهى مكرهة فحملت منه وماتت من الولادة ففيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه ديتها ؛ لأنها تلفت بسبب من جهته تعدى فيه فضمنها .

(والثانى) لا يجب عليه ، لأن السبب انقطع حكمه بنفى النسب عنه.

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان حفر بئراً فى طريق الناس او وضع فيه حجرا او طرح فيه ماء أو قشر بطيخ ، فهلك به انسان وجب الضمان عليه لأنه تعدى به فضمن من هلك به ، كما لو جنى عليه .

وان حفر بئراً فى الطريق ووضع آخر حجراً فعثر رجل بالحجر ووقع فى البئر فمات وجب الضمان على واضع الحجر ، لأنه هو الذى القاه فى البئر ، فصار كما لو القاه فيها بيده . وان وضع رجل حجراً فى الطريق فدفعه رجل على هذا الحجر فمات وجب الضمان على الدافع لأن الدافع مباشر وواضع الحجر صاحب سبب ، فوجب الضمان على المباشر .

وان وضع رجل حجراً فى الطريق ووضع آخر حديدة بقربه ، فعثر رجل بالحجر ووقع على الحديدة فمات وجب الضمان على واضع الحجر .

وقال ابو الفياض البصرى : ان كانت الحديدة سكيناً قاطعة وجب الضمان على واضع السكين ، دون واضع الحجر ، لأن السكين القاطع موح ، وان كانت غير قاطع وجب الضمان على واضع الحجر ، والأول هو الصحيح ، لأن الواضع هو المباشر . وان حفر بئراً فى طريق لا يستضر به الناس ـ فان حفرها لنفسه كان حكمه حكم الطريق الذى يستضر الناس بحفر البئر فيه ، لأنه لا يجوز ان يختص بشىء من طريق المسلمين ، وان حفرها لمصلحة الناس ـ فان كان باذن الامام فهلك به انسان ـ لم يضمن ، لأن ما فعله باذن الامام للمصلحة جائز فلا يتعلق به الضمان ، وان كان بغير اذنه ففيه وجهان :

(احدهما) انه لا يضمن لأنه حفرها لمصلحة المسلمين من غير اضرار فصار كما لو حفرها باذن الامام .

(والثانى) انه يضمن لأن ما تعلق بمصلحة المسلمين يختص به الامام ، فمن افتات عليه فيه كان متعدياً فضمن من هلك به . وان بنى مسجداً فى

موضع لا ضرر فيه ، او علق قنديلا فى مسجد او فرش فيه حصيراً من غير اذن الامام فهلك به انسان فهو كالبئر التى حفرها للمسلمين .

وان حفر بئراً فى موات ليتملكها او لينتفع بها الناس لم يضمن من هلك بها لانه غير متعد فى حفرها ، وان كان فى داره بئر قد غطى راسها او كلب عقور فدخل رجل داره بغير اذنه فوقع فى البئر فمات او عقره الكلب فمات لم يضمنه لانه من جهته تفريط فى هلاكه ، فان دخلها باذنه فوقع فى البئر ومات او عقره الكلب فمات ففى ضمانه قولان كالقولين فيمن قدم طعاماً مسموماً الى رجل فأكله فمات . وان قدم صبيا الى هدف فأصابه سهم فمات ضمنه ، لان الرامى كالحافر للبئر ، والذى قدمه كالملقى فيها فكان الضمان عليه .

وان ترك على حائط جرة ماء فرمتها الريح على انسان فمات لم يضمنه لانه وضعها فى ملكه ووقعت من غير فعله ، وان بنى حائطا فى ملكه فمال الحائط الى الطريق ووقع على انسان فقتله ففيه وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق : انه يضمن لانه لما مال الى الطريق لزمه ازالته ، فاذا لم يزله صار متعدياً بتركه فضمن من هلك به ، كما لو اوقع حائطا مال الى الطريق وترك نقضه حتى هلك به انسان (والثانى) وهو قول ابى سعيد الاصطخرى انه لا يضمن ، وهو المذهب ، لانه بناه فى ملكه ووقع من غير فعله فاشبه اذا وقع من غير ميل .

فصل وان اخرج جناحا الى الطريق فوقع على انسان ومات ضمن نصف ديته ، لان بعضه فى ملكه وبعضه خارج عن ملكه فسقط نصف الدية لما فى ملكه وضمن نصفها للخارج عن ملكه ، وان انكسرت خشبة من الخارج فوقعت على انسان فمات ضمن جميع الدية لانه هلك بالخارج من ملكه ، وان نصب ميزاباً فوقع على انسان فمات به ففيه قولان :

قال فى القديم : لا يضمن لانه مضطر اليه ولا يجد بداً منه بخلاف الجناح. وقال فى الجديد : يضمن لانه غير مضطر اليه لانه كان يمكنه ان يحفر فى ملكه بئراً يجرى الماء اليها فكان كالجناح .

فصل وان كان معه دابة فاتلفت انسانا او مالا بيدها او رجلها او نابها او بالت فى الطريق فزلق ببولها انسان فوقع ومات ضمنه ، لانها فى يده وتصرفه فكانت جنايتها كجنايته) .

الشرح اذا وضع رجل حجرا ــ وهذا أحد مفهومات الفصل ــ وذلك فى طريق المسلمين أو فى ملك غيره بغير اذنه فعثر بها انسان لم يعلم بها ومات منها وجبت ديته على عاقلة واضع الحجر ووجبت الكفارة فى ماله ، لأنه مات بسبب تعدى به فوجب ضمانه • وهكذا ان نصب سكينا فعثر رجل ووقع عليها فمات وجبت عليه الدية لما ذكرناه فى الحجر •

فأما اذا وضع الحجر أو السكين فدفع آخر عليهما رجلا ومات كان الضمان على الدافع ، لأن الواضع صاحب سبب والدافع مباشر ، فتعلق الحكم بالمباشرة • وان وضع رجل حجرا فى طريق المسلمين أو فى ملك غيره بغير اذنه ووضع آخر سكينا بقرب الحجر فعثر رجل بالحجر ووقع على السكين ومات منها وجب الضمان على واضع الحجر •

وقال أبو الفياض البصرى : ان كان السكين قاطعا وجب الضمان على واضع السكين دون واضع الحجر ، وان كان غير قاطع وجب الضمان على واضع الحجر لأن السكين القاطع موح ، والأول هو المشهور ، لأن واضع الحجر كالدافع له على السكين فوجب عليه ضمانه ، كما لو نصب رجل سكينا ودفع عليها آخر ومات فان وضع رجل حجرا فى طريق المسلمين ووضع اثنان حجرا الى جنبه فعثر بهما رجل ومات فليس فيها نص لأصحابنا ، الا أن أصحاب أبى حنيفة اختلفوا فيها ، فقال زفر يكون على الرجل الواضع للحجر وحده نصف الدية لأن فعله مساو لفعلهما وعلى الرجلين الواضعين للحجر الآخر النصف •

وقال أبو يوسف : تجب الدية عليهم أثلاثا فوجب الضمان عليهم • قال ابن قدامة من الحنابلة : وهو قياس المذهب • وقال ابن الصباغ من أصحابنا : وهو قياس المذهب ، وأقره العمرانى فى البيان لأن السبب حصل من الثلاثة فوجب الضمان عليهم ــ وان اختلفت أفعالهم ــ كما لو جرحه رجل جراحة وآخر جراحتين ومات منها •

فــــرع اذا وضع رجل فى ملك نفسه حجرا أو نصب سكينا

فعثر به انسان ومات لم يجب على واضع السكين ولا على عاقلته ضمان ، لأنه غير متعد بوضع الحجر والسكين . وان وضع رجل فى ملك غيره حجرا بغير اذنه ووضع صاحب الملك بقرب الحجر سكينا فعثر رجل بالحجر ووقع على السكين ومات ، وجب الضمان على عاقلة الواضع للحجر لأنه كالدافع للعاثر على السكين . وان وضع رجل فى ملكه حجرا ووضع أجنبى سكينا بقرب الحجر فعثر رجل بالحجر ووقع على السكين فمات ، وجبت الدية على عاقلة واضع السكين دون واضع الحجر ، لأن المتعدى هو واضع السكين دون واضع الحجر .

فـــرع اذا حفر رجل بئرا فوقع فيها انسان ومات لم يخل اما انه حفر فى ملكه أو فى ملك غيره أو فى طريق المسلمين أو فى موات ـــ فان حفرها فى ملكه ـــ فان كانت ظاهرة فدخل ملكه فوقع فيها فمات ـــ لم يجب على الحافر ضمانه سواء دخل باذنه أو بغير اذنه ، لأنه غير متعد بالحفر ، وان كانت غير ظاهرة بأن غطى رأسها فوقع فيها انسان فمات ـــ فان دخل الى ملكه بغير اذنه ـــ لم يجب ضمانه ، لأنه متعد بالدخول . وهكذا لو كان فى داره كلب عقور فدخل داره بغير اذنه فعقره الكلب لم يجب ضمانه لما ذكرناه ، وان استدعاه للدخول ـــ ولم يعلم بالبئر والكلب ـــ فوقع فيها أو عقره الكلب ومات ـــ فهو كما لو قدم الى غيره طعاما مسموما فأكله على قولين . وقد مضى دليلهما . فأما اذا حفرها فى ملك غيره ـــ فان كان باذنه ـــ لم يجب عليه ضمان من يقع فيها ، لأنه غير متعد بالحفر ، وان حفرها بغير اذنه وجب عليه ضمان من يقع فيها لأنه متعد بالحفر فان أبرأه صاحب الملك عن ضمان من يقع فيها فهل يبرأ ؟ فيه وجهان ، أحدهما لا يبرأ لأنه متعد بالحفر ، فان أبرأه صاحب الملك عن ضمان من يقع فيها فهل يبرأ ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) لا يبرأ لأنه أبرأ عما لم يجب (والثانى) يبرأ كما لو أذن له فى حفرها قال أبو على الطبرى ، فان قال صاحب الملك : كان حفرها باذنى لم يصدق خلافا لأبى حنيفة ووفاقا لقول أحمد . وان حفرها فى

طريق المسلمين ، فان كان ضيقا وجب عليه ضمان من يقع فيها لأنه تعدى بذلك ، وسواء أذن له الامام فى ذلك أو لم يأذن لأنه ليس للامام أن يأذن له فيما فيه ضرر على المسلمين . وان كان الطريق واسعا لا يستضر المسلمون بحفر البئر فيه كالطريق فى الصحارى ، فان حفرها باذن الامام لم يجب عليه ضمان من يقع فيها ، سواء حفرها لينتفع بها أو لينتفع بها المسلمون ، لأن للامام أن يقطع من الطريق اذا كان واسعا ، كما له أن يقطع من الموات . وكذلك ان حفرها بغير اذن الامام فأجاز له الامام ذلك سقط عنه الضمان .

وقال أحمد وأصحابه : ان كان الطريق واسعا فحفر فى مكان منها ما يضر بالمسلمين فعليه الضمان . وان حفر فى موضع لا ضرر فيه نظرنا ، فان حفرها لنفسه ضمن ما تلف بها ، سواء حفرها باذن الامام أو غير اذنه . قالوا : لأنه تلف بحفر حفرة فى حق مشترك بغير اذن أهله لغير مصلحتهم فضمن ، كما لو لم يأذن له الامام بخلاف الحفر .

ولنا أنه ان حفرها باذن الامام لم يضمن لأن للامام أن يأذن فى الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز له أن يأذن فى اشغال جانبيه ، ويقطع ما طواريه لمن يشاء ممن يتعاطون البيع والشراء .

وان حفرها بغير اذن الامام — فان حفرها لينتفع هو بها وجب عليه ضمان من يقع فيها ، لأنه ليس له أن ينفرد بما هو حق لجماعة المسلمين بغير اذن الامام لأن ذلك موضع اجتهاد الامام ، وان حفرها لينتفع بها المسلمون فهل يجب عليه ضمان من يقع فيها ؟

حكى الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق فيها وجهين ، وحكاهما غيرهما قولين ، (أحدهما) حكاه القاضى أبو حامد المروذى عن القديم يجب عليه الضمان ، لأنه حفرها بغير اذن الامام كهو كما لو حفرها لنفسه . (والثانى) حكاه القاضى أبو الطيب عن الجديد أنه لا يجب عليه الضمان لأنه حفرها لمصلحة المسلمين وقد يحتاجون الى ذلك فهو كما لو حفرها باذن الامام .

وان حفرها فى موات ليتملكها لم يجب عليه ضمان من يقع فيها ؛ لأنه يملكها بالاحياء ، فتصير كما لو حفرها فى ملكه ، وهكذا ان حفرها فى الموات لا ليتملكها ولكن لينتفع بها مدة مقامه . فاذا ارتحل عنها كانت للمسلمين فلا ضمان عليه ، لأن له أن ينتفع بالموات ، فلا يكون متعديا بالحفر .

فرع اذا حفر بئرا فى طريق المسلمين ووضع آخر حجرا فى تلك الطريق فعثر بها انسان ووقع فى البئر ومات ، وجب الضمان على واضع الحجر لأنه كالدافع له فى البئر . وان حمل السيل حجرا الى رأس البئر وعثر بها انسان فوقع فى البئر ومات ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجب ضمانه لأنه انما تلف بعثرته فى الحجر ، ولا تفريط من الحافر فى الحجر .

(والثانى) وهو قول أبى حنيفة أن الضمان على حافر البئر لأنه هو المتعدى فوجب عليه الضمان كما لو وضع رجل فى ملكه حجرا ووضع آخر سكينا بقربها وعثر بالحجر فوقع على السكين ومات ، فان الضمان على واضع السكين ، وان حفر بئرا فى طريق المسلمين ووضع آخر فى أسفلها سكينا فتردى رجل فى البئر ووقع على السكين فقتله ففيه وجهان :

(أحدهما) يجب الضمان على الحافر ، وهو قول أبى حنيفة كما قلنا فى رجلين وضع أحدهما حجرا والآخر سكينا وعثر بالحجر على السكين فان الضمان على واضع الحجر .

(والثانى) أن الضمان على واضع السكين ، لأن تلفه حصل بوقوعه على السكين قبل وقوعه فى البئر ، وان حفر رجل بئرا فى طريق المسلمين فطمها فجاء آخر وأخرج ما طمت به ففيه وجهان (أحدهما) يجب الضمان على الحافر لأنه المبتدىء بالتعدى (والثانى) أن الضمان على الثانى لأن تعدى الأول قد زال بالطم .

فـــرع اذا حفر بئرا فى ملك مشـــترك بينـــه وبين رجلين بغير اذنهما وتلف بها انسان ، قال ابن الصباغ فقياس المذهب أن جميع الديه على الحافر ، وبه قال أحمد وأصحابه • وقال أبو حنيفة : يضمن ما قابل نصيب شريكه ، فلو كان له شريكان لضمن ثلثى التالف لأنه تعـدى فى نصيب شريكيه ، وقال أبو يوسف عليه نصف الضمان ، لأنه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين ، كما لو جرحه واحد جرحا وجرحه آخر جرحين •

دليلنا أنه متعد بالحفر فضمن الواقع فيها كما لو كان فى ملك غيره ، والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر ، فكان موجبا لجميع الضـمان ، ويبطل ما ذكر أبو يوسف بما لو حفره فى طريق مشترك ، فان له فيهـا حقا ومع ذلك يضمن ، والحكم فيما اذا أذن له بعض الشركاء فى الحفر دون بعض كالحكم فيما اذا حفر فى ملك مشترك بينه وبين غيره لكونه لا يباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع •

فـــرع وان بنى مسجدا فى طريق لا ضرر على المسلمين فيـه بضيق الطريق ــ فان بناه لنفســه ــ لم يجز ، وان سقط على انسـان ضمنه ، وان بناه للمسلمين فان كان باذن الامام جاز ولا ضمان عليه ، وان بناه بغير اذن الامام فهو كما لو حفر فيهـا بئرا للمسلمين على ما ذكرناه هناك من الخلاف •

وان كان هناك مسجد للمسلمين فسقط سقفه فأعاده رجل من المسلمين بآلته أو بغير آلته وسقط على انسان لم يجب عليه ضمانه لأنه للمسلمين ، وان فرش فى مسجد للمسلمين حصيرا أو علق فيه قنديلا فعثر رجل بالحصير أو سقط عليه القنديل فمات ــ فان فعل ذلك باذن الامام ــ فلا ضـمان عليه ، وان فعله بغير اذن الامام فهو كما لو حفر البئر فى الطريق الواسع للمسلمين بغير اذن الامام على الخلاف المذكور فيها •

وقال أحمد : لا ضمان عليه ، سواء كان باذن الامام أو بغير اذنه • وقال أبو حنيفة : ان فرش الحصير وعلق القنديل يضمن اذا لم يأذن فيـه

الجيران . دليلنا أنه فعل أحسن به ولم يتعد ، وان عمارة المسجد من أعظم القربات ، ولأن هذا مأذون فيه من جهة العرف ، ولأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقا .

فرع اذا بنى حائطا فى ملكه مستويا ، فسقط على انسان من غير أن يبقى مائلا ولا مستهدما فلا ضمان عليه ، لأنه لم يفرط ، وان بناه معتدلا فمال الى ملكه أو بناه مائلا الى ملكه فسقط على انسان وقتله لم يجب عليه الضمان لأن له أن يتصرف فى ملكه كيف شاء . وان بناه مائلا الى الشارع فسقط على انسان وقتله وجب على عاقلته الدية والكفارة فى ماله ، لأن له أن يرتفق بهو الشارع بشرط السلامة . فاذا تلف به انسان وجب ضمانه ، وان بناه معتدلا فى ملكه ومال الى الشارع ثم وقع على انسان فقتله ففيه وجهان :

قال أبو اسحاق : يجب ضمانه على عاقلته لأنه فرط بتركه مائلا وجب عليه الضمان كما لو بناه مائلا الى الشارع .

وقال أبو سعيد الاصطخرى : لا يجب ضمانه وهو المنصوص ، لأن الميلان حدث من غير فعله فهو كما لو سقط على انسان من غير ميل ، فان مال حائطه الى هواء دار غيره فلجاره مطالبته بازالته ، لأن الهواء ملك لجاره فكان له مطالبته بازالة بنائه عنه ، كما قلنا فى الشجرة ، فان لم يزل حتى سقط على انسان فقتله فهل يجب عليه ضمانه ؟ على الوجهين اذا مال الى الشارع .

وان استهدم من غير ميل فقد قال أبو سعيد الاصطخرى والشيخ أبو حامد : ليس للجار مطالبته فى نقضه لأنه فى ملكه ، فان وقع على انسان فلا ضمان عليه قال ابن الصباغ : وهذا فيه نظر لأنه ممنوع من أن يضع فى ملكه ما يعلم أنه يتعدى الى ملك غيره كما ليس له أن يؤجج نارا فى ملكه تصل الى ملك غيره مع وجود الريح ولا يطرح فى داره ما يتعدى الى دار غيره . كذلك هنا مثله ، لأن الظاهر اذا كان مستهدما أنه يتعدى الى

ملك غيره • هذا مذهبنا • وقال أبو حنيفة اذا بنى الحائط معتدلا ثم مال الى دار الغير ، فان طالبه الغير بنقضه وأشهد عليه فلم ينقضه حتى سقط فقتل انسانا فعليه الضمان ، وان ذهب ليأتى بالعمال لنقضه فسقط وأتلف شيئا فلا ضمان عليه •

وتوقف أحمد عن الاجابة • وذهب أصحابه الى أنه يضمن ، وقالوا . أومأ أحمد اليه ، وبه قال الحسن والنخعى والثورى •

دليلنا أنه بناء وضعه فى ملكه فلم يجب عليه ضمان من يقع عليه ، كما لو وقع من غير ميل • أو كما لو مال ووقع من غير أن يطالب بنقضه ويشهد عليه • وان وضع على حائطه وطابا فوقع فى دار غيره أو فى الشارع أو سقط حائطه فى الشارع أو فى دار غيره فعثر به انسان ومات فهل يجب عليه الضمان ؟ على الوجهين • واذا أخرج الى الشارع جناحا أو روشنا يضر بالمارة منع منه وأمر بازالته ، فان لم يزله حتى سقط على انسان فقتله وجب عليه الضمان لأنه متعد بذلك وان أخرج جناحا أو روشنا الى الشارع لا يضر بالمارة لم يمنع منه خلافا لأبى حنيفة وقد مضى فى الصلح•

فان وقع على انسان وقتله نظرت ــ فان لم يسقط شىء من طرف الخشبة المركبة على حائط ، بل انقصفت من الطرف الخارج عن الحائط ووقعت على إنسان وقتلته ــ وجب على عاقلته جميع الدية ، لأنه انما يجوز له الارتفاق بهواء الشارع بشرط السلامة • وان سقطت أطراف الخشب الموضوعة على حائط له وقتلت انسانا وجبت على عاقلته نصف الدية ، لأنه هلك بما وضعه فى ملكه وفى هواء الشارع ، فانقسم الضمان عليهما ، وسقط ما قابل فى ملكه ووجب ما فى هواء الشارع •

وحكى القاضى أبو الطيب قولا آخر أنه ينظر كم على الحائط من الخشب ، وكم على الهواء أو الطرف الخارج منها ، فالحكم فيه واحد ، لأنه تلف بجميعها ، والأول هو المشهور •

وقال أصحاب أحمد : على المخرج الضمان لأنه تلف بما أخرجه الى حق الطريق فضمنه كما لو بنى حائطا مائلا الى الطريق فأتلف ، أو أقام خشبة فى ملكه مائلة ، ولأنه اخراج يضمن به البعض فضمن به الكل بناء على أصله .

فـــرع اذا أخرج ميزابا الى الشارع جاز لما سقناه فى كتاب الضمان من أن عمر رضى الله عنه مر تحت ميزاب العباس رضى الله عنه فقطرت عليه قطرة ، فأمر بقلعه فخرج العباس وقال : قلعت ميزابا نصبه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عمر : لا ينصبه الا من يرقى على ظهرى ، فانحنى عمر وصعد العباس على ظهره فوضعه ، وهو اجماع لا خلاف فيه ، فان سقط على انسان فقتله أو بهيمة فأتلفها فحكى المصنف وأكثر أصحابنا فيه قولين :

قال فى القديم : لا يجب ضمانه ، وبه قال مالك ، لأنه غير متعد باخراجه فلم يضمن ما تلف به ، كما لو أخرجه الى ملكه ، ولأنه مضطر اليه لا يجد بدأ منه فلم يلزمه ضمان ما تلف به .

وقال فى الجديد : يجب ضمانه ، وبه قال أبو حنيفة ، وهو المذهب عند أحمد بلا خلاف بين أصحابه ، لأنه ارتفق بهواء طريق المسلمين فاذا تلف به انسان وجب عليه ضمانه كما قلنا فى الجناح ، وقول الأول لا يجد بدآ منه غير صحيح ، لأنه يمكنه أن يحفر فى ملكه بئرا يجرى الماء اليها ، فاذا قلنا بهذا وسقط جميع الميزاب الذى على ملكه والخارج منه وقتل انسانا وجب ضمانه ، وكم يجب من ديته ؟ على المشهور من المذهب يجب نصف الدية . وعلى القول الثانى الذى حكاه القاضى أبو الطيب تقسط الدية على الميزاب فيسقط منها بقدر ما على ملكه من الميزاب ثم يجب بقدر الخارج منه عن ملكه .

وقال أبو حنيفة : ان أصابه بالطرف الذى فى الهواء وجبت جميع ديته ، وأن أصابه بالطرف الذى على الحائط لم يجب ضمانه ، ودليلنا أنه

تلف بنقل الجميع دون بعضه ، وان انتصف الميزاب فسقط منه ما كان خارجا عن ملكه وقتل انسانا وجبت جميع ديته على عاقلته ، فيقال فى هذه وفى التى قبلها رجل قتل رجلا بخشبة فوجبت بعض دية المقتول ، ولو قتله ببعض تلك الخشبة لوجبت جميع دية المقتول •

وقال الشيخ أبو حامد : اذا وقع الميزاب على انسان فقتله ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن عليه الضمان (والثانى) لا ضمان عليه (والثالث) على عاقلته نصف الدية من غير تفصيل •

فـــرع قال الشيخ أبو حامد : وان طرح على باب داره قشور البطيخ أو الباقلا الرطب أو الموز أو رشه بالماء فزلق به انسان فمات كانت ديته على عاقلته والكفارة فى ماله ، لأن له أن يرتفق بالمباح بشرط السلامة ، فاذا أدى الى التلف كان عليه الضمان وان ركب دابة فبالت فى الطريق أو راثت وزلق به انسان ومات كان عليه الضمان ، وكذلك لو أتلفت انسانا بيدها أو رجلها أو نابها فعليه ضمانه لأن يده عليها ، فاذا تلف شىء بفعلها كان كما لو تلف بفعله أو سبب فعله وان ترك على حائط جرة فرمتها الريح على انسان فمات لم يجب عليه الضمان لأنه غير متعد بوضعها على ملكه ووقعت من غير فعله ، وكذلك اذا سجر تنورا فى ملكه وارتفعت شرارة الى دار غيره فأحرقته فلا ضمان عليه لما ذكرناه •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان اصطدم فارسان او راجلان وماتا وجب على كل واحد منهما نصف دية الآخر . وقال المزنى : ان استلقى احدهما فانكب الآخر على وجهه وجب على المنكب دية المستلقى وهدر دمه ، لأن الظاهر ان المنكب هو القاتل والمستلقى هو المقتول ، وهذا خطا لأن كل واحد منهما هلك بفعله وفعل صاحبه فهدر النصف بفعله ووجب النصف بفعل صاحبه ، كما لو جرح كل واحد منهما نفسه وجرحه صاحبه .

ووجه قول المزنى لا يصح ، لانه يجوز ان يكون المستلقى صدم صدمة

شديدة فوقع مستلقيا من شدة صدمته ، وان ركب صبيان او اركبهما وليهما واصطدما وماتا فهما كالبالغين ، وان اركبهما من لا ولاية له عليهما فاصطدما وماتا وجب على الذى اركبهما دية كل واحد منهما النصف ، بسبب ما جنى كل من الصبيين على نفسه ، والنصف بسبب ما جناه الآخر عليه .

وان اصطدمت امرأتان حاملان فماتتا ومات جنيناهما كان حكمهما فى ضمانهما حكم الرجلين ، فأما الحمل فانه يجب على كل واحدة منهما نصف دية جنينها ونصف دية جنين الاخرى لجنايتهما عليهما .

فصل وان وقف رجل فى ملكه او فى طريق واسع فصدمه رجل فماتا هدر دم الصادم ، لأنه هلك بفعل هو مفرط فيه فسقط ضمانه ، كما لو دخل دار رجل فيها بئر فوقع فيها ، وتجب دية المصدوم على عاقلة الصادم ، لأنه قتله بصدمة هو متعد فيها ، وان وقف فى طريق ضيق فصدمه رجل وماتا وجب على عاقلة كل واحد منهما دية الآخر ، لأن الصادم قتل الواقف بصدمة هو مفرط فيها ، والمصدوم قتل الصادم بسبب هو مفرط فيه ، وهو وقوفه فى الطريق الضيق ، وان قعد فى طريق ضيق فعثر به رجل فماتا كان الحكم فيه كالحكم فى الصادم والمصدوم وقد بيناه) .

الشرح اذا اصطدم راكبان أو راجلان فماتا وجب على كل واحد منهما نصف دية الآخر وسقط النصف ، وبه قال مالك . وقال أبو حنيفة وصاحباه وأحمد واسحاق : يجب على عاقلة كل واحد منهما جميع دية الآخر . وروى عن على رضى الله عنه المذهبان . دليلنا أنهما استويا فى الاصطدام وكل واحد منهما مات بفعل نفسه وفعل غيره ، فسقط نصف ديته بفعل نفسه ووجب النصف بفعل غيره ، كما لو شارك غيره فى قتل نفسه .

قال الشافعى رضى الله عنه : وسواء غلبتهما دابتاهما أو لم تغلبهما أو أخطأ ذلك أو تعمدا ، أو رجعت دابتاهما القهقرى فاصطدما ، أو كان أحدهما راجعا والآخر مقبلا . اهـ .

وجملة ذلك أنهما اذا غلبتهما دابتاهما أو لم تغلباهما الا أنهما أخطآ فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر مخففة ، وان قصدا الاصطدام فلا يكون عمدا محضا ، وانما يكون عمدا خطأ ، فيكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر مغلظة .

وقال أبو اسحاق المروزى : يكون فى مال كل واحد منهما نصف دية الآخر مغلظة لأنه عمد محض . وانما لم يجب القصاص لأنه شارك من فعله غير مضمون والأول هو المنصوص ، لأن الصدمة لا تقتل غالبا . ولو كان كذلك لكان فى القصاص قولان ، ولا فرق بين أن يكونا مقبلين أو مدبرين، أو أحدهما مقبلا والآخر مدبرا ، الا أن الاصطدام قد وجد ، وان كان فعل المقبل أقوى ، وكذلك لا فرق بين أن يكونا فرسين أو حمارين أو بغلين ، أو أحدهما على فرس والآخر على بغل أو حمار ، لأن الاصطدام قد وجد منهما ، وان كان فعل أحدهما أقوى من فعل الآخر ، كما لو جرح رجل رجلا جراحات وجرحه الآخر جراحة ومات منها .

قال الشافعى رضى الله عنه : ولا فرق بين أن يكونا بصيرين أو أعميين ، أو أحدهما أعمى والآخر بصيرا لأن الاصطدام قد وجد منهما ، ولا فرق بين أن يقعا مكبوبين او مستلقيين ، أو أحدهما مكبوبا والآخر مستلقيا . وقال المزنى : اذا وقع أحدهما مكبوبا على وجهه والآخر مستلقيا على ظهره ، فان القاتل هو المكبوب على وجهه ، فعلى عاقلته جميع الدية للمستلقى ولا شىء على عاقلة المستلقى والمنصوص هو الأول ، لأنهما قد اصطدما ، ويجوز أن يقع مستلقيا على ظهره من شدة صدمته . ألا ترى أن رجلا اذا طرح حجرا على حجر رجع الحجر الى خلف من شدة وقوعه وثبوت الآخر ، فكذلك هذا مثله ، وان ماتت الدابتان وجب على كل واحد منهما نصف قيمة دابة الآخر ، لأنها تلفت بفعله وفعل صاحبه ، ولا تحمله العاقلة ، لأن العاقلة لا تحمل المال ، وان كان أحدهما راكبا والآخر ماشيا فالحكم فيهما كما لو كانا راكبين أو ماشيين ، وانما يتصور هذا اذا كان الماشى طويلا والراكب اقصر .

فـــرع اذا اصطدم صغيران راكبان نظرت ــ فان ركبا بأنفسهما أو أركبهما ولياهما ــ فهما كالبالغين ، لأن للولى أن يركب الصغير ليعلمه ، وان أركبهما أجنبيان فعلى عاقلة كل واحد منهما من المركبين نصف دية كل واحد منهما لأن كل واحد من المركبين هو الجانى على الذى أركبه

وعلى الذى جنى عليه • وان كان المصطدمتان حاملتين فماتتا ومات جنيناهما وجبت على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الأخرى ، وكذلك تجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية جنينها ونصف دية جنين الأخرى ، لأن كل واحدة منهما قتلت جنينها وجنين الأخرى • وان خرج جنين احداهما منها قبل موتها لم ترث منْ ديته لأنها قاتلة له ويجب على كل واحدة منهما أربع كفارات لأن كل واحدة منهما قاتلة لنفسها وجنينها والأخرى وجنينها ، فوجب عليهما أربع كفارات ، ولو كانتا أمى ولد أو أمتين فلهما أحكام أخرى لا مكان لها هنا ، حيث التزمنا الاقتصار على المسائل والفروع العملية واختصار ما عدا ذلك أو المرور عليه كراما •

مسألة قال الشافعي رضى الله عنه : وان كان أحدهما واقفا فصدمه الآخر فماتا ، فدية الصادم هدر ودية صاحبه على عاقلة الصادم ، اهـ •

وجملة ذلك أن الرجل اذا كان واقفا فى موضع فصدمه آخر فماتا تظرت — فان كان الواقف وقف فى ملكه أو فى طريق واسع لا يتضرر الناس بوقوفه فيه ، فان دية المصطدم وهو الواقف تجب على عاقلة الصادم ، لأنه مات بفعله ، وتهدر دية الصادم ، لأن الواقف غير مفرط بالوقوف فى موضعه ، وسواء كان الواقف قائما أو قاعدا أو مضطجعا أو نائما ، وسواء كان بصيرا أو أعمى يمكنه أن يحترز فلم يفعل ، أو لا يمكنه لأن فعل الصادم مضمون ، وان أمكن المصدوم الاحتراز منه ، كما لو طلب رجلا ليقتله وأمكن المطلوب الاحتراز منه فلم يفعل حتى قتله ، فان انحرف الواقف فوافق انحرافه صدمة الصادم فماتا فقد مات كل واحد منهما بفعله وفعل صاحبه فيكونان كالمتصادمين فيجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ونصف قيمة السيارة اذا كان كل منهما يقود سيارة • فاذا كان أحدهما يقود سيارة والآخر راجلا وصدم الراكب الراجل ، فان كان الراجل مخطئا فى تعرضه للسيارة وكان يمكن للراكب أن يتوقى الصدام فلم يفعل كان عليه نصف دية الراجل لأنه مات بفعله

وفعل الراكب ، فان لم يكن يمكنه الاحتراز منه لسبب لا يرجع الى تقصير منــه أو خلل فى (فرامل الســيارة) فليس على الراكب دية ، فان كان الراكب غير مقصر فى آداب الطريق الا أنه أراد أن يتوقى خطرا لاح له فترتب على وقوفه المفاجىء اصطدام من الخلف بســيارة مسرعة وراءه فمات سائقها ، فان كان يمكنه أن يعطى اشارة حمراء لمن خلفه فلم يفعل كانت الدية مخففة ، أما اذا أعطى اشارة حمراء فليس عليه دية لأن الذى خلفه مات بفعل نفسه فلم يستحق دية •

قال الشافعى رضى الله عنه : فان انحرف موليا فمات فعلى عاقلة الصادم دية كاملة ، وصورته أن يكون وجه الواقف الى المقبل فلما رآه انحرف موليا ليتنحى عن طريقه فأصابه فمات ، فجميع ديته على عاقلة الصادم ، لأنه لا فعل له فى قتل نفسه ودية الصادم هدر • وأما اذا كان واقفــا فى طريق ضيق للمسلمين فعلى عاقلة كل واحد منهما جميــع دية الآخر • أما الصادم فلأنه قاتل ، وأما المصدوم فلأنه كان السبب فى قتل الصــادم ، وهو وقوفه فى الطريق الضيق ، لأنه ليس له الوقوف هناك ، والفرق بين هذا وبين المتصادمين أن كل واحد من المتصادمين مات بفعله وفعل صاحبه • وها هنا كل واحد منهما قاتل لصاحبه منفرد بقتله ، لأن الصــادم انفرد بالاصابة والمصدوم انفرد بالسبب الذى مات به الصادم •

ومن أصحابنا من قال : ليس على عاقلة المصدوم شىء بحال ، والأول أصح • هذا نقل أصحابنا البغداديين •

وقال المسعودى : نص الشافعى رحمه الله اذا كان الرجل واقفــا فى الطريق فصدمه آخر فماتا أن دية الصــادم هدر ودية الواقف على عاقلة الصادم • وقال فيمن نام فى الطريق فصدمه آخر فماتا أن دم النائم هدر ودية الصادم على عاقلة النــائم ، فمن أصــحابنا من جعل المسألتين على قولين ، ومنهم من أجراهما على ظاهرهما وفرق بينهما بأن الانسان قــد يقف فى الطريق ليجيب داعيــا وما أشــبهه ، فأما النوم والقعــود فليس له ذلك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل فان اصطدمت سفينتان وهلكتا وما فيهما ، فان كان بتفريط من القيمين بان قصرا فى آلتهما او قدرا على ضبطهما فلم يضبطا ، او سيرا فى ريح شديدة لا تسير السفن فى مثلها . وان كانت السفينتان وما فيهما لهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة ما فيها . ويهدر النصف . وان كانتا لغيرهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سفينته ونصف قيمة ما فيها ونصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة ما فيها ، لما بيناه فى الفارسين ، فان كان فى السفن رجال فهلكوا ضمن عاقلة كل واحد منهما نصف ديات ركاب سفينته وركاب سفينة صاحبه ، فان قصدا الاصطدام وشهد اهل الخبرة ان مثل هذا يوجب التلف ، وجب على كل واحد منهما القصاص لركاب سفينته وركاب سفينة صاحبه ، وان لم يفرطا ففى الضمان قولان .

(احدهما) يجب كما يجب فى اصطدام الفارسين اذا عجزا عن ضبط الفرسين ، (والثانى) لا يجب لانها تلفت من غير تفريط منهما ، فاشبه اذا تلفت بصاعقة . واختلف اصحابنا فى موضع القولين ، فمنهم من قال : القولان اذا لم يكن من جهتهما فعل ، بان كانت السفن واقفة فجاءت الريح فقلعتها .

فاما اذا سيرا ثم جاءت الريح فغلبتهما ثم اصطدما وجب الضمان قولا واحدا لان ابتداء السير كان منهما فلزمهما الضمان كالفارسين .

وقال ابو اسحاق وابو سعيد القولان فى الحالين ، وفرقوا بينهما وبين الفارسين بان الفارس يمكنه ضبط الفرس باللجام ، والقيم لا يمكنه ضبط السفينة ، فان قلنا انه يجب الضمان كان الحكم فيه كالحكم اذا فرطا الا فى القصاص ، فانه لا يجب مع عدم التفريط ، وان قلنا انه لا يجب الضمان نظرت فان كانت السفن وما فيها لهما لم يجب على كل واحد منهما ضمان . وان كانت السفن مستاجرة والمتاع الذى فيها امانة كالوديعة ومال المضاربة لم يضمن ، لان الجميع امانة فلا تضمن مع عدم التفريط .

وان كانت السفن مستاجرة والمتاع الذى فيها يحمل باجرة لم يجب ضمان السفن لانها امانة ، واما المال فهو مال فى يد اجير مشترك ، فان كان معه صاحبه لم يضمن ، وان لم يكن معه صاحبه فعلى القولين فى الاجير المشترك ، وان كان احدهما مفرطا والآخر غير مفرط ، كان الحكم فى المفرط ما ذكرناه اذا كانا مفرطين . والحكم فى غير المفرط ما ذكرناه اذا كانا غير مفرطين .

فصـــل اذا كان فى السـفينة متاع لرجل فثقلت السـفينة فقـال رجل لصاحب المتاع ألق متاعك فى البحر وعلى ضمانه فالقاه وجب عليـه الضمان ، وقال ابو ثور : لا يجب لأنه ضمان ما لم يجب ، وهذا خطأ لأن ذلك ليس بضمان لأن الضمان يفتقر الى مضمون عنه وليس ههنا مضمون عنه وانما هو استدعاء اتلاف بعوض لغرض صحيح ، فان قال : الق متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة الف فالقاه لزمه بحصـته ، فان كانوا عشرة لزمه مائة ، وان كانوا خمسة لزمه مائتان لأنه جعـل الألف على الجميـع فلم يلزمه أكثر من الحصـة ، فان قال : انا القيه على انى وهم ضـمناء فالقـاه ففيه وجهـان (احدهما) انه يجب عليه الحصـة لمـا ذكرناه (والثانى) يجب عليه ضـمان الجميع لأنه باشر الاتلاف) •

الشرح اذا اصطدمت سفينتان فانكسرتا وتلف ما فيهما فلا يخلو الربانان وهما القيمان اما أن يكونا مفرطين فى الاصطدام أو غير مفرطين ، أو أحدهما مفرطا والآخر غير مفرط ، فان كانا مفرطين بأن أمكنهما ضبطهما أو الانحراف فلم يفعلا فقد صارا جانيين ، فان كانت السفينتان وما فيهما لهما وجب على كل واحد منهما نصف قيمة سفينته ونصف قيمة ما فيهـا ونصف قيمة سفينة صاحبه ونصف قيمة ما فيها ، لأن كل واحد منهما تلف بفعلها ، وسواء كانت السفينتان وديعة أو عارية أو بأجرة ، وسواء كان المال فيهما وديعة أو قراضا أو يحمل بأجرة لأن الجميع يضمن بالتفريط ، وان كان فيهما أحرار وماتوا وقصدوا الاصطدام • وقال أهل الخبرة : ان مثل ما قصدا اليه وفعلاه يقتل غالبا ، فانها جناية عمد محض ، فقـد وجب عليهما القود لجماعة فى حالة واحدة ، فيقرع بين أولياء المقتولين ، فاذا خرجت عليهما القرعة بواحد قتـلا بواحد ووجب البـاقين الدية فى أموالهما •

وان قالوا : لا يقتل مثله غالبا أو لم يقصد الاصطدام وانما فرطا وجب على عاقلة كل واحد منهما نصف ديات ركاب السفينتين •

واذا لم يفرط الربانان أو القيمان مثل أن اشـتدت الريح واصطدمت الأمواج فلم يمكنهما امساكهما بطرح الانجد ، ولا بأن يعدل أحدهما عن سمت الأخرى حتى اصطدمتا وهلكتا ففيه قولان :

(أحدهما) أن عليهما الضمان لأنهما فى أيديهما ، فما تولد من ذلك كان عليهما ضمانه ، وان لم يفرطا كالفارسين اذا تصادما وغلب عليهما الفرسان ، ولأن كل من ابتدأ الفعل منه فانه يضمن ذلك الفعل اذا صار جناية ، وان كان بمعونة غيره كما لو رمى سهما الى غرض فحمل الريح السهم الى انسان وقتله •

(والثانى) لا ضمان عليهما لأنه لا فعل لهما ابتداء ولا انتهاء ، وانما ذلك من فعل الريح فهو كما لو نزلت صاعقة فأحرقت السفينتين ، واختلف أصحابنا فى موضع القولين ، فمنهم من قال : القولان اذا لم يكن للربان فعل لا ابتداء ولا انتهاء وهو فى المراكب التى ينصب الربان الشراع ويمد الحبال ويقيمه نحو الريح حتى اذا هبت الريح دفعه • فأما السفن البخارية فان اندفاعها ماخرة فى عباب البحر بمحركاتها التى تقوم مقام المجداف فى الزوارق الصغيرة ، وهذه السفن يمكن التحكم فى سيرها الى مسافة تحددها علوم البحار التى تقرر لكل سفينة قوة وحمولة وسرعة يمكن التحكم فى سيرها وتوقى الاصطدام بغيرها الى مسافة معينة • فاذا تعذر فلا ضمان •

أما السفن الصغار التى تسير بالمجداف أو الزوارق البخارية فانه يجب الضمان قولا واحدا ، لأن ابتداء الفعل منهما • ومنهم من قال : القولان اذا لم يكن منهما فعل بأن كانتا واقفتين أو لم يسيرهما رباناهما فجاءت الريح فقلعتهما فأما اذا سيرا فقلعتهما فيجب الضمان قولا واحدا ، ولم تفرق بين السفن التى تسير بنصب الشراع أو التى تسير بالبخار أو الصغار التى تسير بالمجداف •

ومنهم من قال : القولان فى الجميع سواء كانتا واقفتين أو سيراهما ، وسواء كانتا تسيران بالشراع أو البخار أو المجداف ، لأن الفارس يمكنه ضبط النفس باللجام • والسفينتان لا يمكنه أن يسيرها سيرا لا يغلبه الريح عليهما • بل ان العوامل الجوية وهياج البحر له تأثير على ضبط القيادة وتفادى المخاطر •

فاذا قلنا : يجب عليهما الضمان ، فان كانت السفينتان وما فيهما لهما فلا يجب عليهما الضمان ، وكذلك اذا كانت السفينتان معهما وديعة ، والمال الذى فيهما حملاه بأجرة فلا ضمان عليهما فى السفينة ، وأما المال ــ فان كان رب المال معه لم يضمنه الأجير ، لأن يد صاحبه عليه ، وان لم يكن رب المال معه فعلى قولين لأن اجيره مشترك ، وكذلك اذا استأجر على القيام بالسفينتين وما فيهما فهما أجيران مشتركان ، فان كان رب السفينة والمال معه فلا ضمان ، وان لم يكن معه فعلى القولين ، وان كان أحدهما مفرطا والآخر غير مفرط ، قال الشيخ أبو حامد فان المفرط جان والآخر غير جان ، فان كانت السفينتان وما فيهما لهما كان على المفرط قيمة سفينة صاحبه وما فيها ، لأنها تلفت بفعله ، أما سفينته وما فيها فلا يرجع به على أحد لأنهما هلكتا بفعله ، وان كانتا وما فيهما لغيرهما كان على المفرط قيمة سفينته وقيمة ما فيها ، وعليه قيمة سفينة صاحبه وقيمة ما فيها ، ولصاحب السفينة الذى لم يفرط قيمتها وله ان يطالب المفرط بذلك ، وان أراد أن يطالب الربان الذى لم يفرط ــ فان قلنا : ان الربان يضمن وان لم يفرط ــ فها هنا له أن يضمنه ثم يرجع الذى لم يفرط بما غرمه على المفرط ، وان قلنا : ان الربان لا يضمن اذا لم يفرط ــ فان كانت السفينة معه وديعة أو المال معه قراض ــ فلا ضمان عليه وا نكان ذلك بيده استؤجر على حمله ــ فهو أجير مشترك ؛ وان لم يكن صاحبه معه ــ فان قلنا لا يضمن لم يكن له مطالبته ، وان قلنا يضمن فله أن يطالبه ثم يرجع بما غرمه على المفرط ، فان انكسرت احداهما دون الأخرى فالحكم فى المنكسرة حكمها اذا انكسرتا .

فرع قال الشافعى رضي الله عنه : واذا صدمت سفينته من غير أن يتعمد بها الصدم لم يضمن شيئا مما فى سفينته بحال .

واختلف أصحابنا فى صورتها فمنهم من قال : صورتها أن يكون الربان قد عدل سفينته الى الشط وربطها فطرح الانجد فجاءت سفينة أخرى فصدمتها فتلفت وما فيها فلا ضمان عليه ، لأنه لا فعل له يلزمه به

للضمان . وهذا القائل يقول : قول الشافعي صدمت سفينته انما هو بضم الصاد فعل لما لم يسم فاعله ، ومنهم من قال : صورتها اذا لم يكن منه تفريط ، وأجاب بأحد القولين وهو الأصح لأنه قال : صدمت سفينته من غير أن يتعمد بها الصدم ، ولا يقال ذلك للمصدوم ، وانما يقال مثله للصادم .

مسألة قوله : اذا كان في السفينة متاع الخ . فان جملة ذلك اذا كان قوم في سفينة وفيها متاع فثقلت السفينة من المتاع ونزلت في الماء وخافوا الغرق فان ألقى بعضهم متاعه في البحر لتخف السفينة وسلموا لم يرجع به على أحد لأنه أتلف ماله باختياره من غير أن يضمن له غيره عوضا فهو كما لو أعتق عبده . وان طرح مالا لغيره من غير اذنه لتخف السفينة وجب عليه ضمانه لأنه أتلف مال غيره بغير اذنه فوجب عليه ضمانه كما لو خرق ثوبه وان قال لغيره : ألق متاعك في البحر ولم يضمن له عوضا فألقاه فقد قال المسعودي : هل يجب على الذي أمره بالالقاء ضمانه ؟ فيه وجهان كما قلنا اذا قال لغيره : اقض عني ديني ولم يضمن له عوضه .

وقال سائر أصحابنا : لا يلزمه ضمانه ، وهو المنصوص ، لأنه لم يضمن له بدله فلم يلزمه ، كما لو قال : أعتق عبدك فأعتقه ، والفرق بينه وبين قضاء الدين متحقق نفعه للطالب لأن ذمته تبرأ بالقضاء ، وها هنا لا يتحقق النفع بذلك ، بل يجوز أن يسلموا ويجوز أن لا يسلموا .

وان قال له : ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه أو على أني أضمن لك قيمته ، فألقاه ، وجب على الطالب ضمانه ، وهو قول الفقهاء كافة الا أبا ثور فانه قال : لا يلزمه لأنه ضمان ما لم يجب ، وهذا خطأ ، لأنه استدعى اتلاف مال لغرض صحيح فصح ، كما لو قال : أعتق عبدك وعلى قيمته أو طلق امرأتك وعلى ألف .

فرع وان قال لغيره : ألق متاعك في البحر وعلى وعلى ركاب السفينة ضمانه فألقاه ، وجب على الطالب حصته ، فان كانوا عشرة لزمه

ضمان عشرة . وان قال ألقه على أن أضمنه وكل واحد من ركاب السفينة. فألقاه ، وجب على الطالب ضمان جميعه لأنه شرط أن يكون كل واحد

وان قال : ألق متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة ضمانه ، وقد أذنوا لى فى ذلك فان صدقوه لزم كل واحد منهم بحصته وان أنكروا حلفوا ولزم الطالب ضمانه جميعه . وان قال : ألق متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة ضمانه وعلى تحصيله منهم فألقاه وجب على الطالب ضمان جميعه.

وان قال صاحب المتاع لآخر ألقى متاعى وعليك ضمانه ، فقال نعم فألقاه ، وجب عليه ضمانه لأن ذلك بمنزلة الاستدعاء منه . وان قال : ألق متاعك وعلى نصف قيمته وعلى فلان ثلثه وعلى فلان سدسه ، فألقاه ؛ فان صدقه الآخران أنهما أذنا للطالب فى ذلك — لزمه نصف قيمته ولزم الآخران النصف ، وان أنكر الآخران حلفا ووجب الجميع على الطالب ، فان قال الطالب : ألقى أنا متاعك وعلى ضمانه ، فقال صاحب لمتاع : نعم ، فألقاه لم يكن مأثوما ووجب عليه ضمانه .

فان قال الطالب : ألقى أنا متاعك وعلى وعلى ركاب السفينة ضمانه . فقال صاحب المتاع : نعم فألقاه ففيه وجهان (أحدهما) لا يلزم الملقى الا بحصته لأنه قدر ما ضمن (والثانى) يلزمه الجميع لأنه باشر الاتلاف . وان قال لغيره : ألق متاع فلان وأنا ضامن لك لو طلبك لم يصح هذا الضمان ، يلزم الضمان على الملقى لأنه هو المباشر .

مسألة استحدثت فى عصرنا هذا شركات تقوم بالتزام دفع ضمان ما يهلك من السفن أو السيارات وتصدر القوانين من الحكومات لالزام أصحاب السيارات والسفن والمصانع أداء قدر من المال الى هذه الشركات الضامنة وتسمى شركات التأمين ، فأما من جهة الضمان فلا خوف فى جوازه بناء على ما قلنا فيمن قال : ألق متاعك وأنا ضامن فانه يلزمه الضمان . وأما ما يؤدى الى هذه الشركات فهل يجرى مجرى الأجر على الضمان ؟ أم أنها أموال معونة ورفق ترصد لتكون على أهبة الاستعداد

دائما لدفع الضمان عند حدوث التلف ؟ أم أنها صور ربوية محظورة ؟ أم هى من القمار المحرم ؟ هذا ما سبق تفصيله فى كتاب الشركة وفى كتاب القراض من الجزء الثالث عشر .

فرع وان خرق رجل السفينة فغرق ما فيها ، فان كان مالا ، لزمه ضمانه ، سواء خرقها عمدا أو خطأ ، لأن المال يضمن بالعمد والخطأ ، وان كان فيه أحرار فغرقوا وماتوا — فان كان عامدا مثل أن يقلع منها لوحا يغرق مثلها من قلعه فى الغالب — وجب عليه القود بهم ، فيقتل بأحدهم وتجب للباقين الدية فى ماله وان كان مخطئا بأن سقط من يده حجر أو فأس فخرق موضعا فيها فغرقوا كان على عاقلته دياتهم مخففة ؛ وان كان عمد خطأ مثل أن كان فيها ثقب فأراد صلاحه فانخرق عليه كان على عاقلته دياتهم مغلظة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل فان رمى عشرة انفس حجرا بالمنجنيق فرجع الحجر وقتل احدهم سقط من ديته العشر ووجب تسعة اعشار الدية على الباقين لانه مات من فعله وفعلهم ، فهدر بفعله العشر ، ووجب الباقى على التسعة .

فصل واذا وقع رجل فى بئر ووقع آخر خلفه من غير جذب ولا دفع فان مات الاول وجبت ديته على الثانى لما روى على بن رباح اللخمى ان بصيرا كان يقود اعمى فوقعا فى بئر فوقع الاعمى فوق البصير فقتله ، فقضى عمر رضى الله عنه بعقل البصير على الأعمى فكان الأعمى ينشد فى الموسم .

يا ايها النـاس لقيت منكرا   هل يعقل الاعمى الصحيح المبصرا

خرا معـا كلاهما تكسرا

ولأن الأول مات بوقوع الثانى عليه فوجبت ديته عليه ، وان مات الثانى هدرت ديته ، لانه لا صنع لغيره فى هلاكه ، وان ماتا جميعا وجبت دية الأول على الثانى ، وهدرت دية الثانى لما ذكرناه ، فان جذب الاول الثانى ومات الأول هدرت ديته ، لانه مات بفعل نفسه ، وان مات الثانى وجبت ديته على الأول لانه مات بجذبه ، وان وقع الأول ثم وقع الثانى ثم وقع الثالث ، فان

كان وقوعهم من غير جذب ولا دفع وجبت دية الأول على الثاني والثالث ، لأنه مات بوقوعهما عليه ، وتجب دية الثاني على الثالث ، لأنه انفرد بالوقوع عليه فانفرد بديته ، وتهدر دية الثالث لأنه مات من وقوعه ، فان جذب بعضهم بعضا بأن وقع الأول وجذب الثاني وجذب الثاني الثالث وماتوا وجب للأول نصف الدية على الثاني ، لأنه مات من فعله بجذب الثاني ، ومن فعل الثاني بجذب الثالث ، فهدر النصف بفعله ووجب النصف ، ويجب للثاني نصف الدية على الأول لأنه جذبه ويسقط نصفها لأنه جذب الثالث ، ويجب للثالث الدية لأنه لا فعل له في هلاك نفسه ، وعلى من تجب ؟ فيه وجهان :

(احدهما) انها تجب على الثاني لأنه هو الذي جذبه .

(والوجه الثاني) أنها تجب على الأول والثاني نصفين ، لأن الثاني جذبه والأول جذب الثاني فاضطره الى جذب الثالث ، وكان كل واحد منهما سببا في هلاكه فوجبت الدية عليهما .

فصل وان تجارح رجلان وادعى كل واحد منهما على صاحبه انه قصد قتله فجرحه دفعا عن نفسه فالقول قول كل واحد منهما ، مع يمينه انه ما قصد قتل صاحبه ، فاذا حلفا وجب على كل واحد منهما ضمان جرحه ، لأن الجرح قد وجد وما يدعيه كل واحد منهما من قصد الدفع عن نفسه لم يثبت فوجب الضمان) .

الشرح خبر على بن رباح اللخمى أخرجه الدارقطنى عن اسماعيل المحاملى نا زيد بن الحباب نا موسى بن على بن رباح اللخمى ، وقد أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى من رواية موسى بن على بن رباح عن أبيه . قال الحافظ ابن حجر : وفيه انقطاع ، ولفظه : فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى ، فذكر أن الأعمى كان ينشد ، ثم ذكر الأبيات .

أما المنجنيق فانه آلة يرمى عنها بالحجارة ، يقال بفتح الميم وجاء كسرها عن ابن قتيبة وجمعه مجانق وهى معربة ، وأصلها بالفارسية « من جى نيك » أى ما أجودنى ، وهو بمثابة المدافع التى تقذف قذائف النيران فى عصرنا هذا ، وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم حاصر الطائف بالمنجنيق . أما على بن رباح أبو عبد الله المصرى قال على بن عمر الحافظ : لقبه على بالضم وثقه النسائى وفى الخلاصة مات بعد العشر ومائة ، وفى التهذيب سنة سبع عشرة .

اما الأحكام فانه اذا رمى عشرة أنفس حجرا بالمنجنيق فأصابوا رجلا من غيرهم فقتلوه فقد اشتركوا فى قتله — فان لم يقصدوا بالرمى أحدا — وجبت ديته مخففة على عاقلة كل واحد منهم عشرها ، وان كانوا قصدوه بالرمى فأصابوه لم يكن عمد خطأ ، لأنه لا يمكن قصد رجل بعينه بالمنجنيق ، وانما يتفق وقوعه ممن وقع به ، فتجب ديته مغلظة على عاقلة كل واحد منهم عشرها ، وان رجع الحجر على أحدهم فقتله سقط من ديته العشر ووجب على عاقلة كل واحد من التسعة عشر ديته لأنه مات بفعله وفعلهم ، فهدر ما يقابل فعله ووجب ما يقابل فعلهم • وانما تجب الدية على من مد منهم الحبال ورمى الحجر ، كمن وضع القذيفة فى المدفع والآخر ضبط الهدف وغيره ضغط الزناد ، فاذا أحضر أحدهم القذيفة ثم تنحى فلا شيء عليه لأنه صاحب سبب والمباشر غيره فتعلق الحكم بالمباشر •

قوله « واذا وقع فى بئر الخ » فجملة ذلك أنه اذا وقع رجل فى بئر أو زبية — وهى حفرة فى موضع عال يصاد فيها الأسد ونحوه — والجمع زبى مثل مدية ومدى • ومن اطلاق الزبية على المحل المرتفع قول عثمان لعلى أيام الحصار فى الدار : قد بلغ السيل الزبى — فوقع عليه آخر فمات الأول وجب ضمان الأول على الثانى للأثر الذى سقناه عن الأعمى الذى قضى عمر رضى الله عنه عليه أن يعقل البصير ثم ينظر فيه ، فان كان الثانى رمى بنفسه عليه عمدا وكان وقوعه عليه يقتله فى الغالب وجب على الثانى القود ، وان رمى بنفسه عليه وكان وقوعه عليه لا يقتله غالبا وجبت فيه دية مغلظة على عاقلة الثانى • وان وقع عليه مخطئا وجبت على عاقلته دية مخففة وتهدر دية الثانى بكل حال ، لأنه لم يمت بفعل أحد ، وان وقع الأول ووقع عليه ثان ووقع فوقهما ثالث وماتوا قال ابن الصباغ : فقد ذكر الشيخ أبو حامد أن ضمان الأول على الثانى والثالث لأنه مات بوقوعهما عليه وضمان الثانى على الثالث لأنه انفرد بالوقوع عليه ويهدر دم الثالث لأنه لم يمت بفعل أحد •

وذكر القاضى أبو الطيب أن الثالث يضمن نصف دية الثانى ويهدر النصف لأن الثانى تلف بوقوعه على الأول وبوقوع الثالث عليه • قال ابن الصباغ : وهذا أقيس لأن وقوعه على غيره كسبب فى تلفه كوقوع غيره عليه • قال ابن الصباغ : فعلى قياس هذا اذا وقع على الأول ثان وماتا أن يهدر نصف دية الأول لأنه مات بوقوعه وبوقوع الثانى عليه •

وان وقع رجل فى بئر وجذب ثانيا وماتا هدرت دم الأول لأنه مات بجذبه الثانى على نفسه ووجبت دية الثانى على الأول لأنه مات بجذبه ، وان جذب الأول ثانيا وجذب الثانى ثالثا وماتوا فقد مات الأول بفعله وهو جذبه للثانى على نفسه وبفعل الثانى وهو جذب الثالث فسقط نصف دية الأول ، ويجب نصفها على الثانى ، ويجب للثانى نصف ديته على الأول وسقط نصفها لأنه مات بجذبه الأول له وبجذبه الثالث على نفسه ، ويجب للثالث جميع ديته لأنه لا صنع له فى قتل نفسه وعلى من تجب ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجب على الثانى لأنه جذبه (والثانى) يجب على الأول والثانى نصفين ، لأن الأول جذب الثانى والثانى جذب الثالث فكأن الثالث مات بجذبهما فان كانت بحالها وجذب الثالث رابعا وماتوا فقد حصل ها هنا ثلاث جذبات ، فأما الأول فقد مات بفعله وفعل الثانى وفعل الثالث فسقط ثلث الدية لأنه جذب الثانى على نفسه ، ويجب له على الثانى ثلث الدية لجذبه الثالث عليه ، وعلى الثالث ثلث الدية بجذبه الرابع عليه ، وأما الثانى فقد مات بفعله وفعل الأول وفعل الثالث ، فيجب له على الأول ثلث الدية وعلى الثالث ثلث الدية ويسقط الثلث وأما الثالث ففيه وجهان •

(أحدهما) يسقط من ديته النصف ويجب له على الثانى النصف لأنه مات بفعله وهو جذبه الرابع فسقط النصف لذلك ، وبفعل الثانى وهو جذبه له •

(والثانى) يسقط من ديته الثلث لأنه مات بثلاثة أفعال بجذبه للرابع

وبجذب الثانى له وبجذب الأول للثانى ، فيجب له على الأول ثلث الدية وعلى الثانى ثلث الدية ، فأما الرابع فيجب له جميع الدية لأنه لا صنع له فى قتل نفسه وعلى من يجب ؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يجب على الثالث لأنه هو الذى جذبه (والثانى) يجب على الأول والثانى والثالث لأن وقوعه حصل بالجذبات ، فان قيل فقد روى سماك بن حرب عن حنش بن المعتمر عن على رضى الله عنه أن قوما باليمن حفروا زبية ليصطادوا بها الأسد فوقع فيها الأسد فاجتمع الناس على رأسها يبصرونه فتردى رجل فيها فتعلق بثان وتعلق الثانى بثالث وتعلق العشر ووجب على عالة كل واحد من التسعة عشر ديته لأنه مات بفعله الثالث برابع فوقعوا فيها فقتلهم الأسد ، فرفع ذلك الى على رضى الله عنه ، فقضى للأول بربع الدية لأن فوقه ثلاثة وقضى للثانى بثلث الدية لأن فوقه اثنين ، وللثالث بنصف الدية ، لأن فوقه واحدا ، وللرابع بكمال الدية ، فرفع ذلك الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : هو كما قضى .

قال أصحابنا : هذا الحديث لا يثبته أهل النقل فهو فى مسند أحمد وسنن البيهقى والبزار ، قال : ولا نعلمه يروى الا عن على ولا نعلم له الا هذه الطريق ، وحنش ضعيف ، وقد وثقه أبو داود . قال فى مجمع الزوائد : وبقية رجاله رجال الصحيح وحكم الفقه هو ما قدمنا .

فرع وان حفر رجل بئرا فى موضع ليس له الحفر فيه فتردى فيها رجل وجذب آخر فوقه وماتا ففيه وجهان حكاهما الطبرى فى العدة (أحدهما) يجب للأول على الحافر نصف الدية ويهدر النصف لأنه مات بسببين : حفر البئر وجذبه للثانى على نفسه فانقسمت الدية عليهما وسقط ما قابل فعله (والثانى) حكاه أبو الطيب عن أبى عبد الله الجوينى أنه لا يجب له شىء على الحافر لأن جذبه للثانى على نفسه مباشرة والحفر سبب وحكم السبب يسقط بالمباشرة كما قدمنا فيمن أحضر قذيفة المدفع وتنحى . وقال الطبرى والأول أصح لأن الجذب سبب أيضا لأنه لم يقصد به القاءه على نفسه ، وانما قصد به التحرز من الوقوع فلم يكن أحدهما بأولى من الآخر ، والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب الديات

دية الحر المسلم مائة من الابل لما روى ابو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن ابيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن والديات ، وقرىء على أهل اليمن ان فى النفس مائة من الابل فان كانت الدية فى عمد او شبه عمد وجبت مائة مغلظة أثلاثاً ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة واربعون خلفة » .

وقال ابو ثور : دية شبه العمد اخماساً عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، لأنه لما كانت كدية الخطأ فى التاجيل والحمل على العاقلة كانت كدية الخطأ فى التخميس ، وهذا خطأ لما روى ابن عمر رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال : ألا ان دية الخطأ شبه العمد قتيل السوط والعصا ، دية مغلظة مائة من الابل ، منها اربعون خلفة فى بطونها أولادها » .

وروى مجاهد عن عمر رضى الله عنه « ان دية شبه العمد ثلاثون حقة ، وثلاثون جذعة وأربعون خلفة » ويخالف الخطأ فانه لم يقصد القتل ولا الجناية فخفف من كل وجه ، وفى شبه العمد لم يقصد القتل ، فجعل كالخطأ فى التاجيل ، والحمل على العاقلة وقصد الجناية ، فجعل كالعمد فى التغليظ بالأسنان ، وهل يعتبر فى الخلفات السن مع الحمل ؟ فيه قولان : احدهما لا يعتبر لقوله صلى الله عليه وسلم « منها اربعون خلفة فى بطونها اولادها » ولم يفرق (والثانى) يعتبر ان تكون ثنيات فما فوقها لانه أحد اقسام اعداد ابل الدية ، فاختص بسن كالثلاثين ، وان كانت فى قتل الخطأ والقتل فى غير الحرم وفى غير الأشهر الحرم ، والمقتول غير ذى رحم محرم للقاتل ، وجبت دية مخففة اخماساً عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة ، لما روى ابو عبيدة عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال « فى الخطأ عشرون جذعة ، وعشرون حقة ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون بنت مخاض » .

وعن سليمان بن يسار انهم كانوا يقولون : دية الخطأ مائة من الابل ، عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن لبون ، وعشرون حقة ، وعشرون جذعة . وأن كان القتل فى الحرم او فى اشهر الحرم وهى :

ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب ، أو كان المقتول ذا رحم محرم للقاتل ، وجبت دية مغلظة لما روى مجاهد ان عمر رضى الله عنه « قضى فيمن قتل فى الحرم أو فى الأشهر الحرم أو محرما بالدية وثلث الدية » .

وروى ابو النجيح عن عثمان رضى الله عنه « أنه قضى فى امرأة قتلت فى الحرم فجعل الدية ثمانية آلاف ، ستة آلاف الدية والفين للحرم » وروى نافع بن جبير ان رجلا قتل فى البلد الحرام فى شهر حرام ، فقال ابن عباس « ديته اثنا عشر الفا وللشهر الحرام اربعة آلاف وللبلد الحرام اربعة آلاف ، فكملها عشرين الفا » فان كان القتل فى المدينة ففيه وجهان :

(أحدهما) انه يغلظ لأنها كالحرم فى تحريم الصيد ، فكذلك فى تغليظ الدية (والثانى) لا تغلظ لأنها لا مزية لها على غيرها فى تحريم القتل بخلاف الحرم ، واختلف قوله فى عمد الصبى والمجنون ، فقال فى احد القولين : عمدهما خطأ لأنه لو كان عمدا لأوجب القصاص ، فعلى هذا يجب بعمدهما دية مخففة .

(والثانى) ان عمدهما عمد لأنه يجوز تاديبهما على القتل فكان عمدهما عمدا كالبالغ العاقل ، فعلى هذا يجب بعمدهما دية مغلظة ، وما يجب فيه الدية من الأطراف فهو كالنفس فى الدية المغلظة والدية المخففة لأنه كالنفس فى وجوب القصاص والدية ، فكان كالنفس فى الدية المغلظة والدية المخففة .

الشرح حديث أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم أخرجه النسائى وقال : وقد روى هذا الحديث يونس عن الزهرى مرسلا . وأخرجه أيضا أبو داود فى المراسيل ، وابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والبيهقى موصولا . قال الشوكانى : وقد صححه جماعة من أئمة الحديث ، منهم الحاكم وأحمد وابن حبان والبيهقى وأخرجه مالك والشافعى . وقد مضى الكلام على هذا الحديث عند الكلام على قتل الرجل بالمرأة .

وحديث ابن عمر أخرجه أبو داود بلفظ « خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفتح على درجة البيت أو الكعبة » وأخرجه أصحاب السنن الا الترمذى ولهم من حديث عبد الله بن عمرو مثله . وأثر مجاهد عن عمر أخرجه البيهقى فى السنن الكبرى وهو منقطع ، وفى اسناده ليث

ابن أبي سليم وهو ضعيف • قال البيهقي : وروى عن عكرمة عن عمر بن الخطاب ما يدل على التغليظ في الشهر الحرام • وقال ابن المنذر : روينا عن عمر أنه قال « من قتل في الحرم أو قتل محرما أو قتل في الشهر الحرام فعليه الدية وثلث الدية » •

وروى الشافعي والبيهقي عن عمر أيضا من طريق ابن أبي نجيح عن أبيه أن رجلا أوطأ امرأة بمكة فقتلها فقضى فيها بثمانية آلاف درهم وثلث• وأثر ابن مسعود أخرجه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه مرفوعا عن الحجاج بن أرطاة عن زيد بن جبير عن حشف بن مالك الطائي عن ابن مسعود قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في دية الخطأ عشرون حقة ، وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ذكر » •

وقال ابن ماجه في اسناده عن الحجاج ، حدثنا زيد بن جبير قال أبو حاتم الرازي : الحجاج يدلس عن الضعفاء فاذا قال حدثنا فلان فلا يرتاب به • وأخرجه أيضا البزار والبيهقي والدارقطني وقال : عشرون بنو لبون مكان قوله عشرون ابن مخاض • وأما الموقوف الذي ساقه المصنف فان اسناده في سنن الدارقطني من طريق أبي عبيدة عن أبيه ، يعني عبد الله بن مسعود موقوفا ، وقال : هذا اسناد حسن ، وضعف المرفوع من أوجه عديدة ، ولعل المصنف قد تأثر بتضعيف الدارقطني للمرفوع وتحسينه للموقوف فاختاره شاهدا ، ولكن البيهقي تعقب الدارقطني فاتهمه بالوهم وقال : والجواد قد يعثر • قال : وقد رأيته في جامع سفيان الثوري عن منصور عن ابراهيم عن عبد الله وعن ابن اسحاق عن علقمة عن عبد الله • وعن عبد الرحمن بن مهدي عن يزيد بن هرون عن سليمان التيمي عن أبي مجلز عن أبي عبيدة عن عبد الله ، ويؤيد المصنف أن دافع الحافظ ابن حجر عن الدارقطني ، لأنه كان يضعف الرواية المرفوعة لبعض عباراتها ، كعبارة « بنو مخاض » فقال فانتفى أن يكون الدارقطني عثر ، وقد تكلم الترمذي على حديث ابن مسعود فقال : لا نعرفه مرفوعا الا من هذا

الوجه ، وقد روى عن عبد الله موقوفا • وقال أبو بكر البزار : وهذا الحديث لا نعلمه روى عن عبد الله مرفوعا الا بهذا الاسناد •

وذكر الخطابي أن حشف بن مالك مجهول لا يعرف الا بهذا الحديث وعدل الشافعي عن القول به لهذه العلة ، ولأن فيه بنى مخاض ولا مدخل لبني مخاض في شيء من أسنان الصدقات • وأثر عثمان قال الشافعي : أخبرنا سفيان عن ابن أبي نجيح عن أبيه أن رجلا أوطأ امرأة بمكة فقضى فيها عثمان بثمانمائة ألف درهم وثلث • وقد روى الجوزجاني باسناده عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء فكان مما أحيا من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم أن ناسا كانوا يقولون : ان الدية تغلظ في الشهر الحرام أربعة آلاف فتكون ستة عشر ألف درهم ، فألغى عمر رحمه الله ذلك بقول الفقهاء وأثبتها اثنى عشر ألف درهم في الشهر الحرام والبلد الحرام وغيرهما •

قال ابن المنذر : وليس بثابت ما روى عن الصحابة في هذا ، ولو صح فقول عمر يخالفه ، وقوله أولى من قول من خالفه ، وهو أصح في الرواية مع موافقته الكتاب والسنة والقياس • وسيأتى في شرح الأحكام الراجح من الخلاف •

ويؤخذ من كتاب عمرو بن حزم أن دية الحر المسلم مائة من الابل ، وهو اجماع ، فان كانت الدية في العمد المحض أو في شبه العمد وجبت مائة مغلظة وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة (والخلفة الحامل) وبه قال عمر وعلى وزيد بن ثابت والمغيرة بن شعبة وعطاء ومحمد ابن الحسن • وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : تجب أرباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة •

وقال أبو ثور « دية قتيل شبه العمد مخففة يجبر به الخطأ » دليلنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم الفتح : « ألا ان في قتيل

العمد الخطأ بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفة فى بطونهـا أولادها » وعن عبادة بن الصامت رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ألا ان فى الدية العظمى مائة من الابل منها أربعون خلفة فى بطونهـا أولادها » .

قال فى البيان : فان قيل فمـا معنى قوله أربعون خلفـة فى بطونهـا أولادها ؟ وقد علم أن الخلفـة لا تكون الا حاملا . قلنـا : له تأويلان (أحدهما) أنه أراد التأكيد فى الكلام وذلك جائز كقوله تعالى (فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة) .

(والثانى) أن الخلفة اسـم للحامل التى لم تضع واسم للتى وضعت ويتبعها ولدها فأراد أن يميز بينهما . اهـ .

اذا ثبت هذا فهل تختص الخلفه بسن أم لا ؟ فيه قولان (أحدهما) لا يختص بسن ، بل اذا كانت حاملا فأى سن كانت جاز (والثانى) يختص بسن هـو أن تكون ثلاثة فما فوقها لحديث عقبـة بن أوس عن رجل من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال « ألا ان فى قتيل شبه العمد بالسوط والعصا مائة من الابل منها أربعون خلفـة فى بطونها أولادها ما بين الثنية الى بازل عامها كلهن خلفـة » رواه أحمـد وأبو داود والنسائى وابن ماجه والدارقطنى والبخارى فى تاريخه الكبير ؛ ومراسيل الصحابة رضى الله عنهم حجة لأنهم ثقات لا يتهمون .

مسـألة اذا كانت الجناية خطأ ولم يكن القتل فى الحرم ولا فى الأشهر الحرم ، ولكن المقتول ذو رحم محـرم للقاتل ، فان الدية تكون مخففة أخماسا وهى مائة من الابل عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة ، وبه قال من الصحابة ابن مسعود ومن التابعين عمر بن عبد العزيز وسليمان بن يسار، والزهرى ومن الفقهاء مالك وربيعة والليث والثورى . وقال أبو حنيفة وأصحابه : هى أخماس ، الا أنه يجب مكان بنى لبون عشرون ابن مخاض .

وروى عن عثمان وزيد بن ثابت أنهما قالا : تجب من أربعة أنواع ثلاثين جذعة وثلاثين حقــة وعشرين بنت لبون وعشرين بنت مخــاض . وقال الشعبي والحسن البصري : تجب أرباعا خمسا وعشرين جذعة وخمســا وعشرين حقة وخمسا وعشرين بنت لبون وخمسا وعشرين بنت مخاض . وروى مثل ذلك عن علي رضى الله عنه دليلنــا ما روى الحجــاج عن ابن مســعود « أن النبي صلى الله عليــه وسلم قضى بدية الخطأ مائة من الابل عشرون حقة ، وعشرون جذعة ، وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون ، وعشرون ابن مخاض » رواه أحمد وأبو داود والنسائي والترمذي وابن ماجه وقد مضى الكلام فيه . وقد روى موقوفا على ابن مسعود قال المنذرى بعد أن ذكر الخلاف فيه على الحجاج : والحجاج غير محتج به . وكذا قال البيهقي : والصحيح أنه موقوف على عبد الله .

وروى عن سليمان بن يسار أنهم كانوا يقولون : دية الخطأ مائة من الابل عشرون بنت مخاض ، وعشرون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة .

أما اذا كان قتل الخطأ فى الحــرم أو فى الأشهر الحــرم وهى رجب وذو القعدة وذو الحجة والمحرم ، أو كان المقتول ذا رحم محرم للقــاتل كانت دية الخطأ مغلظة كدية العمد ، فيجب ثلاثون حقــة وثلاثون جذعة وأربعون خلفة ، وبه قال عمر رضى الله عنــه فيما أخرجه البيهقي من طريق مجاهد عنه أنه قضى فيمن قتل فى الحرم أو فى الشهر الحرام أو وهو محرم بالدية وثلث الدية ، وهو منقطع وفى سنده ليث بن أبى سليم وهو ضعيف .

قال البيهقي : وروى عن عكرمة عن عمر ما يدل على التغليظ فى الشهر الحرام وقال ابن المنذر : روينا عن عمر أنه قال فيمن قتل فى الحرم أو قتل فى الشهر الحرام أو قتل محرما فعليه الدية وثلث الدية . وروى الشافعي والبيهقي من طريق ابن أبى نجيح عن أبيه أن رجلا أوطأ امرأة بمكة فقتلها فقضى فيها بثمانية آلاف درهم دية وثلثا .

وروى البيهقى وابن حزم عن ابن عباس من طريق نافع بن جبير عنه قال : يزاد فى دية المقتول فى الأشهر الحرم أربعة آلاف ، وفى دية المقتول فى الحرم أربعة آلاف • وروى ابن حزم فى المحلى عن ابن عباس أن رجلا قتل فى البلد الحرام فى الشهر الحرام ، فقال ان ديته اثنا عشر ألفا وللشهر الحرام والبلد الحرام أربعة آلاف فكلها عشرون ألفا •

وان قتل خطأ فى حرم المدينة فهل يتغلظ ؟ فيه وجهان (أحدهما) يتغلظ لأنه كالحرم فى تحريم الصيد ، فكان كالحرم فى تغليظ دية الخطأ (والثانى) لا تغلظ وهو الأصح لأنه دون الحرم فى الحرمة ، بدليل أنه يجوز قصده بغير احرام فلم يلحق به فى الحرمة تغليظ •

وان قتل محرما خطأ فهل تغلظ ديته ؟ فيه وجهان (أحدهما) تغلظ كما تغلظ فى القتل بالحرم ، وبه قال أحمد لأن الاحرام يتعلق به ضمان الصيد فغلظت به الدية كالحرم (والثانى) لا تغلظ به لأنه الشرع ورد بتغليظ القتل فى الحرم دون الاحرام بدليل ما روى أحمد فى رواية الأثرم عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ان أعدى الناس على الله عز وجل من قتل فى الحرم أو قتل غير قاتله أو قتل بذحول الجاهلية » والاحرام لا يلحق الحرم فى الحرمة •

اذا ثبت هذا فان تغليظ دية الخطأ عندنا بالحرم أو فى الأشهر الحرم أو اذا قتل ذا رحم محرم انما هو بأسنان الابل كما قلنا فى دية العمد ، ولا يجمع بين تغليظين • وقال أحمد : يغلظ بثلث الدية ؛ ويجمع بين تغليظين لما رويناه عن الصحابة رضى الله عنهم • ولكن دليلنا على أنه لا يغلظ الا بالأسنان أن ما أوجب التغليظ فى دية القتل أوجبه بالأسنان كدية العمد ، ودليلنا على أنه لا يجمع بين تغليظين أن ما أوجب التغليظ فى أوجه الضمان اذا اجتمع سببان يقتضيان التغليظ لم يجمع بينهما كما لو قتل المحرم صيدا فى الحرم فانه لا يجب عليه الا جزاء واحد ، وأما ما روى عن الصحابة أنهم قضوا بالدية وثلث الدية فى ذلك وجمعوا بين تغليظين

محمول على أنهم قضوا بدية مغلظة بالأسنان ، الا أنها قومت فبلغت قيمتها دية وثلثا من دية مخففة ؛ أو كانت الابل قد أعوزت فأوجبوا قيمة الابل فبلغت قيمتها ذلك .

فرع اذا قتل الصبي أو المجنون عمدا — فان قلنا : ان عمدها عمد — وجب بقتلهما دية مغلظة ، وان قلنا : عمدها خطأ وجب بقتلهما دية مخففة ، وان كانت الجناية على ما دون النفس كان الحكم في التغليظ بديتها حكم دية النفس ، قياسا على دية النفس .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وتجب الدية من الصنف الذى يملكه من تجب عليه الدية من القاتل او العاقلة كما تجب الزكاة من الصنف الذى يملكه من تجب عليه الزكاة ، وان كان عند بعض العاقلة من البخاتى وعند البعض من العراب اخذ من كل واحد منهم من الصنف الذى عنده ، وان اجتمع فى ملك كل واحد منهم صنفان ففيه وجهان :

(احدهما) انه يؤخذ من الصنف الاكثر ، فان استويا دفع مما شاء منهما

(والثانى) يؤخذ من كل صنف بقسطه بناء على القولين فيمن وجبت عليه الزكاة وما له اصناف وان لم يكن عند من تجب عليه الدية ابل وجب من غالب ابل البلد ، فان لم يكن فى البلد ابل وجب من غالب اقرب البلاد اليه ، كما قلنا فى زكاة الفطر .

وان كانت ابل من تجب عليه الدية مراضا او عجافا كلف ان يشترى ابلا صحاحا من الصنف الذى عنده لانه بدل متلف من غير جنسه فلا يؤخذ فيها معيب كقيمة الثوب المتلف ، وان أراد الجانى دفع العوض عن الابل مع وجودها لم يجبر الولى على قبوله ، وان اراد الولى اخذ العوض عن الابل مع وجودها لم يجبر الجانى على دفعه لأن ما ضمن لحق الآدمى ببدل لم يجز الاجبار فيه على دفع العوض ولا على اخذه مع وجوده كذوات الأمثال ، وان تراضيا على العوض جاز لانه بدل متلف فجاز اخذ العوض فيه بالتراضى كالبدل فى سائر المتلفات .

فصل وان اعوزت الابل او وجدت باكثر من ثمن المثل ففيه قولان

قال فى القديم : يجب الف دينار او اثنا عشر الف درهم ، لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن فى النفس مائة من الابل ، وعلى أهل الذهب الف مثقال ، وعلى أهل الورق اثنا عشر الف درهم » وروى ابن عباس رضى الله عنه أن رجلا قتل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ديته اثنى عشر الفاً ، فعلى هذا ان كان فى قتل يوجب التغليظ غلظ بثلث الدية ، لما رويناه عن عمر وعثمان وابن عباس فى تغليظ الدية للحرم . وقال فى الجديد : تجب قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار او ثمانية آلاف درهم ، وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر رضى الله عنه فقام عمر خطيباً فقال « الا ان الابل قد غلت ــ قال : فقوم على أهل الذهب ألف دينار وعلى أهل الورق اثنى عشر الف درهم وعلى اهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاء ألفى شاة وعلى اهل الحلل مائتى حلة » ولأن ما ضمن بنوع من المال وتعذر وجبت قيمته كذوات الأمثال) .

الشرح أثر عمر أخرجه أبو داود والبيهقى .

اما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا أكلف أحداً من العاقلة غير ابله ؛ ولا تقبل منه دونها . وجملة ذلك أنه قد مضى الكلام فى قدر الدية وجنسها وأسنانها . وأما نوعها ــ فان كان للعاقلة ابل ــ وجب عليهم من النوع الذى معهم من الابل ، لأن العاقلة تحمل الدية على طريق المواساة ، فكان الواجب من النوع الذى يملكونه كما قلنا فى الزكاة ، فان طلب الولى أعلى مما مع العاقلة من النوع ، وامتنعت العاقلة أو طلبت العاقلة أن يدفعوا من النوع دون النوع الذى معها وامتنع الولى لم يجبر الممتنع منهما كما قلنا فى الزكاة ، فان كان عند بعض العاقلة من البخاتى وعند البعض من العراب أخذ ما كل واحد من النوع الذى عنده كما قلنا فى الزكاة أنه يجب على كل انسان مما عنده من النوع ، وان كان فى ملك واحد منهم نوعان من الابل ففيه وجهان :

(أحدهما) يؤخذ منه النوع الأكثر ، فان استويا دفع من أيهما شاء .

(والثانى) يؤخذ من كل نوع بقسطه بناء على القولين فى الزكاة اذا كان عنده نوعان من جنس الماشية ، وان كانت ابلهم أو ابل بعضهم مراضا

بجرب أو غيره أو مهزولة هزالا فاحشا لم يجبر الولى على قبولها ، بل يكلف أن يسلم ابلا صحاحا من النوع الذى عنـــده لقوله صلى الله عليه وسلم : « فى النفس مائة من الابل » واطلاق هذا يقتضى الصحيح •

فان قيل : هلا قلتم يجبر الولى على قبول ما عند من عليه الدية وان كانت مراضا كما قلنا فى الزكاة ؟

قلنا الفرق بينهما أن الواجب فى الزكاة هو واجب فى غير المال الذى عنده أو فى ذمته والمال مرتهن ، فلذلك وجب مما عنـــده ، وليس كذلك هاهنا فان الواجب على كل واحد منهم هو من النقـــد فى الذمة والمال غير مرتهن به ، وانما الابل عوض منه فلم يقبـــل منه الا السليم ، فان لم يكن للعاقلة ابل ـــ فان كان فى البلد نتاج غالب ـــ وجب عليهم التسليم من ذلك النتاج ، وان لم يكن فى البلد ابل وجب من غالب نتاج أقرب بلد اليهم كما قلنا فى زكاة الفطر •

فـــــرع ان أرادت العاقلة أن تدفع عوضا عن الابل مع وجودها لم يجبر الولي على قبولها ، وكذلك ان طالب من له الدية عوض الابل لم تجبر العاقلة على دفعه ، لأن ما ضمن لحق الآدمى ببدل لم يجبر على غيره كذوات الأمثال ؛ فان تراضيا على ذلك قال أصحابنا : جاز ذلك لأنه حق مستقر فجاز أخذ البدل عنه كبدل المتلفات ؛ والذى يقتضي المذهب أن هذا انما يجوز على القول الذى يجيز الصلح على ابل الدية وبيعها فى الذمة •

فـــــرع وان كانت الدية تجب على الجـــانى بأن كانت الجنـــاية عمدا أو خطأ ثبت باقراره ، فان الواجب عليه من النوع الذي عنده قياسا على العاقلة ، والحكم فيه اذا كان عنده نوعان ، أو كانت ابله مراضا فى أخذ العوض حكم الأبل اذا كانت واجبة على العاقلة على ما مضى نيابه •

مســـألة كثير من بلاد الاسلام لا يعرف أهلها الابل ولم يروها ،

كالملايو وأندونيسيا والفلبين وفطاني [1] وبلاد أخرى لا توجد فيها الابل الا بأثمان غالية بأكثر من قيمتها ففيه قولان ، قال فى القديم : يعدل الى بدل مقدر ، فيجب على أهل الذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق اثنا عشر ألف درهم ، وبه قال مالك وهى تبلغ نحو خمسة آلاف جنيه أو عشرة آلاف دولار تقريبا بحسب سعر النقد . وقد روى عمرو بن حزم أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى الدية بألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم . فعلى هذا تكون الدية ثلاثة أصول عند اعواز الابل .

وقال فى الجديد : تجب قيمة الابل من نقد البلد بالغة ما بلغت ، لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وروى ثمانية آلاف درهم ؛ فكانت كذلك الى أن استخلف عمر رضى الله عنه فقلت الابل ، فصعد المنبر خطيبا وقال : ألا ان الابل قد غلت ؛ ففرض الدية على أهل الذهب ألف دينار — وهى تساوى خمسة وعشرين ألف جنيه تقريبا اليوم — وعلى أهل الورق اثنى عشر ألف درهم فموضع الدليل من الخبر أنه قال : كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا وكذا ، فدل على أن الواجب هو الابل ، ولأن عمر رضى الله عنه قال : ألا ان الابل قد غلت وفرض عليهم ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم فتعلق بغلاء الابل فدل على أن ذلك من طريق القيمة ، لأن ما وجبت قيمته اختلف بالزيادة والنقصان ولم يخالف أحد من الصحابة . وما روى من الأخبار للأول فتحمله على أن ذلك من طريق القيمة ، فعلى هذا لا يكون للدية الا أصل واحد وهى الابل فان كانت الدية مغلظة وأعوزت الابل — فان قلنا بقوله الجديد قومت مغلظة بثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفة . وان قلنا بقوله القديم ففيه وجهان حكاهما فى العدة .

---

(1) فطانى هو اقليم من اقاليم ماليزيا ضمه الكفار الى تايلاند ، ويبلغ سكان هذا الاقليم اكثر من ثلاثة ملايين مسلم سنى شافعى فاللهم خذ بأيديهم وحرر ديارهم .

(أحدهما) تغلظ بثلث الدية ، ولم يذكر المصنف غيره لما ذكره عن عمر وعثمان وابن عباس رضى الله عنهم •

(والثانى) يسقط التغليظ • لأن التغليظ عندنا انما هو بالصفة فى الأصل لا بالزيادة فى العدد ، وذلك انما يمكن الابل دون النقد ، ألا ترى أن البد لما لم تجب فيه الا القيمة لا يجب فيه التغليظ • وما روى عن الصحابة رضى الله عنهم فقد ذكرنا أنه انما قيمة ما أوجبوه • هذا مذهبنا •

وقال أبو حنيفة : الواجب فى الدية ثلاثة أصول مائة من الابل أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم فيجوز له أن يدفع أيها شاء مع وجود الابل ومع اعوازها وقال الثورى والحسن البصرى وابن أبى ليلى وأبو يوسف ومحمد وأحمد بن حنبل : الدية خمسة أصول مائة من الابل أو ألف دينار أو اثنا عشر ألف درهم أو مائتا بقرة لحديث جابر « فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الدية على أهل الابل مائة من الابل ؛ وعلى أهل البقر مائتى بقرة ، وعلى أهل الشاء ألفى شاة ، وعلى أهل الحلل مائتى حلة . » رواه أبو داود بسند ضعيف •

وروى أحمد وأبو داود و النسائى وابن ماجه مثله من حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده •

والأصل الخامس مائتا حلة ، وهى برود مكونة من قطعتين كالجبة والقفطان ؛ أو العباءة والزبون ، أو الجاكتة والبنطلون ، فجميع الحلل فى كل قوم مؤلفة من ثوبين ، الا أن أبا يوسف ومحمد يقولان : هو مخير بين الستة أيها شاء دفع مع وجود الابل ومع عدمها وعند الباقين لا يجوز العدول عن الابل مع وجودها ، دليلنا كتاب النبى صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن يبين فيه الفرائض والسنن ، وأن فى النفس مائة من الابل ، وحديث « ألا ان فى قتيل العمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الابل » •

فصــل ودية اليهودى والنصرانى ثلث دية المسلم ، ودية المجوسى ثلثا عشر دية المسلم ، لما روى سعيد بن المسيب « ان عمر رضى الله عنه جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ، ودية المجوسى ثمانمائة درهم • واما الوثنى اذا دخل بأمان وعقدت له هدنة فديته ثلثا عشر دية المسلم ، لأنه كافر لا يحل للمسلم منا مناكحة أهل دينه فكانت ديته ثلثى عشر دية المسلم كالمجوسى •

واما من لم تبلغه الدعوة فانه ان عرف الدين الذى كان متمسكا به وجبت فيه دية اهل دينه ، وان لم يعرف وجبت فيــه دية المجوسى ، لأنه متحقق وما زاد مشكوك فيه فلم يجب •

وقال ابو اسحاق : ان كان متمسكا بدين مبدل وجبت فيه دية اهل ذلك الدين وان كان متمسكا بدين لم يبدل وجبت فيه دية مسلم ، لأنه مولود على الفطرة ، ولم يظهر منه عناد فكانت ديته كالمسلم ، والمذهب الأول ، لأنه كافر فلم تكمل ديته كالذمى ، وان قطــع يد ذمى ثم أســلم ومات وجبت فيه دية مسلم ، لأن الاعتبار فى الدية بحال استقرار الجناية ، وهو فى حال الاستقرار مسلم • وان جرح مسلم مرتداً فاسلم ومات من الجرح لم يضمن •

وقال الربيع : فيه قول آخر انه يضمن ، لأن الجرح استقر وهو مسلم • قال اصحابنا : هذا من كيس الربيع ، والمذهب الأول ، لأن الجرح وجد فيما استحق اتلافه فلم يضمن سرايته ، كما لو قطع الامام يد السارق فمات منه•

فصــــل ودية المراة نصف دية الرجــل ، لأنه روى ذلك عن عمــر وعثمان وعلى وابن عباس وابن عمر وزيد بن ثابت رضى الله عنهم •

الشرح خبــر ســعيد بن المسيب رواه الشــافعي والدارقطنى والبيهقى • أما قوله : روى ذلك عن عمر وعثمان وعلى الخ ، فقــد أخرج ابن أبى شيبة عن عمر قال « دية المرأة نصف دية الرجل » كما أخرج البيهقى عن على رضى الله عنه « دية المرأة على النصف من دية الرجل » وهو رواية ابراهيم النخعى عنه ، وفيه انقطــاع ، وأخرجه ابن أبى شــيبة من طريق الشعبى عنه •

وأخرج البيهقى عن معاذ بن جبل عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « دية المرأة نصف دية الرجل » قال البيهقى اسناده لا يثبت مثله • وقال

في بداية المجتهد : ان الأشهر عن ابن مسعود وعثمان وشريح وجماعة : أن دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الا الموضحة فانها على النصف.

أما الأحكام فان دية اليهودي والنصراني ثلث دية المسلم ، وبه قال عمر وعثمان رضى الله عنهما وابن المسيب وعطاء واسحاق . وقال عروة ابن الزبير وعمر بن عبد العزيز ومالك : ديته نصف دية المسلم ، لحديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « عقل الكافر نصف دية المسلم » رواه أحمد والنسائى والترمذى وحسنه . وصححه ابن الجارود . وفى لفظ رواه أحمد والنسائى وابن ماجه قضى أن عقل أهل الكتابين نصف عقل المسلمين ، وهم اليهود والنصارى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى والزهرى وزيد بن على والقاسمية « ديته كدية المسلم » وقال أحمد : « ان قتله عمداً فديته مثل دية المسلم » دليلنا ما روى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ، ودية أهل الكتاب يومئذ النصف من دية المسلم ، قال : وكان ذلك كذلك حتى استخلف عمر فقام خطيبا فقال ان الابل قد غلت ، قال ففرضها عمر على أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاء ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة ، قال وترك دية أهل الذمة لم يرفعها فيما رفع من الدية » فاذا كانت الدية ثمانمائة دينار أو ثمانية آلاف درهم للمسلم والذمى على النصف من ذلك ثم زاد من قيمة الدية للمسلم من حيث لم يزدها لأهل الكتاب تبين لنا أن دية المسلم التى بلغت ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم مع بقاء دية الذمى أربعمائة دينار أو أربعة آلاف درهم ، لأنها لم ترفع فيما رفع من الدية ، نقول تبين لنا أن دية الذمى على الثلث من دية المسلم .

فـــرع دية المجوسى ثلثا عشر دية المسلم ، وبه قال مالك ، وقال أبو حنيفة : ديته مثل دية المسلم ، وقال عمر بن عبد العزيز ديته مثل دية اليهودى والنصرانى وهو نصف دية المسلم عندهم .

دليلنا ما روى عن عمر وعثمان وابن مسعود وغيرهم أنهم قالوا « دية المجوسى ثمانمائة درهم ثلثا عشر دية المسلم . فاذا كانت دية المسلم اثنى عشر ألف درهم فان ثلثى عشرها ثمانمائة . ولا مخالف لهم فى الصحابة ، فدل على أنه اجماع ، وأما عبدة الأوثان اذا كان بيننا وبينهم هدنة أو دخلوا الينا بأمان فلا يجوز قتلهم ، فمن قتل منهم وجبت فيه دية المجوسى لأنه كافر لا يحل للمسلم مناكحة أهل دينه فكانت ديته كالمجوسى ثلثى عشر دية المسلم ، وأما الكافر الذى لم تبلغه الدعوة فلا يجوز قتله حتى يعرف أن ها هنا رسولا يدعو الى الله ، فان أسلم والا قتل ، فان قتله قاتل قبل أن تبلغه الدعوة وجبت فيه الدية .

وقال أبو حنيفة « الادية فيه »دليلنا أنه قتل محقون الدم فوجبت فته الدية كالذمى .

اذا ثبت هذا فاختلف أصحابنا فى قدر ديته ، فمنهم من قال تجب فيه دية المسلم ، لأنه مولود على الفطرة ، ومنهم من قال : ان كان متمسكا بدين مبدل وجبت فيه دية أهل ذلك الدين ، مثل أن يكون متمسكا بدين من بدل من اليهودية والنصرانية وان كان متمسكا بدين من لم يبدل منهم وجبت فيه دية مسلم لأنه مسلم لم يظهر منه عناده ومنهم من قال : تجب فيه دية المجوسى لأنه يقين ، وما زاد مشكوك فيه وهذا هو الأصح لأن الشافعى رضى الله عنه قال هو كافر لا يحل قتله ، واذا كان كافرا وجبت فيه أقل دياتهم لأنه اليقين .

وان قطع يد ذمى ثم أسلم ثم مات من الجراحة وجبت فيه دية مسلم . لأن الاعتبار بالدية حال الاستقرار . وان قطع مسلم يد مرتد ثم أسلم ثم مات من الجراحة لم يضمن القاطع دية النفس ولا دية اليد ، وقال الربيع فيه قول آخر أنه يضمن دية اليد ، والمذهب الأول لأنه قطعه فى حال لا يجب ضمانه . وما حكاه الربيع من تخريجه .

مسـألة دية المرأة نصف دية الرجل ، هذا قول العلماء كافة الا

الأصم وابن علية فانهما قالا : ديتها مثل دية الرجل • دليلنا ما سقناه من كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن وفيه « أنَ دية المرأة نصف ديه الرجل » وما حكاه المصنف عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت أنهم قالوا « دية المرأة نصف، دية الرجل » ولا مخالف لهم فى الصحابة فدل على انه اجماع ، وان قتل خنثى مشكلا وجبت فيه دية امرأة لأنه يقين ، وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ودية الجنين الحر غرة عبد او امة ، لما ابو هريرة رضى الله عنه قال « اقتتلت امراتان من هذيل ، فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان دية جنينها غرة عبد أو امة ، فقال حمل بن النابغة الهذلى : كيف اغرم من لا شرب ولا اكل ولا نطق ولا استهل ؟ ومثل ذلك يطل ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم : انما هو من اخوان الكهان ، من أجل سجعه » وان ضرب بطن امراة منتفخة البطن فزال الإنتفاخ ، او بطن امراة تجد حركة فى بطنها فسكنت الحركة لم يجب عليه شيء لأنه يمكن ان يكون ريحا فانفشت فلم يجب الضمان مع الشك وان ضرب بطن امراة فالقت مضغة لم تظهر فيها صورة الآدمى فشهد اربع نسوة ان فيها صورة الآدمى وجبت فيها الغرة ، لأنهن يدركن من ذلك ما لا يدرك غيرهن ، وان القت مضــغة لم تتصور فشــهد اربع نســوة انه خلق آدمى ، ولو بقى لتصور ، فعلى ما بيناه فى كتاب عتق ام الولد • وان ضرب بطن امراة فالقت يداً أو رجلا او غيرهما من اجزاء الآدمي وجبت عليه الغرة ، لانا تيقنا انه من جنين ، والظاهر أنه تلف من جنــاية فوجب ضــمانه ، وان القت راسين أو اربع ايد لم يجب اكثر من غرة ، لانه يجوز أن يكون جنيناً براسين او اربعــة ايد ، فلا يجب ضمان ما زاد على جنين بالشك •

• وان ضرب بطنها فالقت جنيناً فاستهل او تنفس او شرب اللبن ومات فى الحال او بقى متألماً الى ان مات ، وجبت فيه دية كاملة •

وقال المزنى : ان القته لدون ستة اشهر ومات ضمنه بالغرة ، ولا يلزمه دية كاملة لانه لم يتم له حياة ، وهذا خطأ ، لانا تيقنا حيــاته ، والظاهر انه تلف من جناية فوجب عليه دية كاملة ، وان القته حياً وجاء آخر وقتله ـــ فان

كان فيه حياة مستقرة ـ كان الثانى هـو القاتل فى وجوب القصـاص والدية الكاملة ، والأول ضارب فى وجوب التعزير .

وان قتله وليس فيه حياة مستقرة فالقاتل هو الأول ، وتلزمه الدية ، والثانى ضارب وليس بقاتل ، لأن جنايته لم تصادف حيـاة مستقرة ، وان ضرب بطن امراة فالقت جنينا وبقى زمانا سالما غير متألم ثم مات لم يضمنه ، لأن الظاهر انه لم يمت من الضرب ولا يلزمه ضمانه . وان ضربها فألقت جنينا فاختلج ثم سكن وجبت فيه الغرة دون الدية ، لأنه يجوز أن يكون اختلاجه الحياة ، ويجوز ان يكون بخروجه من مضيق ، لأن اللحم الطرى اذا حصل فى مضيق انقبض ، فاذا خرج منه اختلج ، فلا تجب فيه الدية الكاملة بالشك).

الشرح حديث أبى هريرة أخرجه أحمد فى مسنده ؛ وكذا أخرجه البخارى فى الفرائض عن قتيبة وفى الديات عن عبد الله بن يوسف ومسلم فى الحدود والترمذى فى الفرائض عن قتيبة . وأخرجه عن المغيرة بن شعبة مسلم فى الديات عن اسحاق بن ابراهيم ، وعن محمد بن رافع وأبو داود فيه عن حفص بن عمر ؛ وعن عثمان بن أبى شيبة والترمذى فيه عن الحسن ابن على والنسائى فى القود عن على بن مخمـد بن على وعلى بن سـعيد ومحمد بن قدامة ومحمد بن بشار وسويد بن نصر ومحمود بن غيلان . وابن ماجه فيه عن على بن محمد . وكذا أخرجه أحمـد ، وأخرجه عن ابن عباس أبو داود والنسائى وابن ماجه وابن حبان والحاكم وصححاه .

اما اللغات فان الجنين سمى بذلك لأنه استجن فى البطن ، أى استتر واختفى ، وهو وصف له مادام فى بطن أمـه ؛ والجمـع أجنة مثـل دليـل وأدلة ؛ والغرة عبد أو أمة ، والغرة عند العرب أنفس شىء يملك ، وقوله : مثل ذلك يطل . طل دم فلان مبنى للمجهول فلا يطالب ، قال الشاعر :

دماؤهم ليس لها طالب مطلولة مثل دم العذرة

قال أبو زيد : ولا يقال طل دم فلان بفتح الطـاء . قال فى الصحاح وأبو عبيدة والكسائى يقولانه . وقال أبو عبيدة فيه ثلاث لغـات ، طل بفتح الطاء وضـمها ، وأطل بزيادة الهمز المضـمومة والطاء المكسورة ، والكهان جمع كاهن الذى يدعى علم الغيب ، والسجع هو الكلام المقفى .

وفى رواية أحمد ومسلم وأبى داود والنسائى « سجع مثل سجع الأعراب » وقد استدل بذلك على ذم السجع ويوضح المراد قوله « أسجع الجاهليه وكهانتها ؟ ! » فظهر أن المذموم من السجع انما هو ما كان من ذلك القبيل الذى يراد به ابطال شرع أو اثبات باطل أو كان متكلفا • وقد حكى النووى عن العلماء أن المكروه منه ما كان كذلك لا غيره ، هكذا أفاده الشوكانى فى النيل •

اما الأحكام فاذا ضرب ضارب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا حرا ففيه غرة عبد أو أمة لحديث المغيرة بن شعبة ، وروى أن عمر رضى الله عنه قال « أذكر الله امرءا سمع من النبى فى الجنين شيئا فقام حمل بن مالك فقال : كنت بين جاريتين لى — يعنى زوجتين — فضربت احداهما الأخرى بمسطح فقتلتها وما فى جوفها فقضى النبى صلى الله عليه وسلم فى الجنين بغرة عبد أو أمة » رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه وابن حبان والحاكم•

والجنين الذى تجب فيه الدية هو أن يسقط جنينا بان فيه شيء من صورة الآدمى اما يد أو رجل أو عين ، وكذلك اذا سقطت مضغة لم يتبين فيها عضو من أعضاء الآدمى ، ولكن قال أربع نسوة من القوابل الثقات أو عالمان فى الطب البشرى أو علم الأجنة أن فيها تخطيطا لآدمى ، الا أنه خفى فتجب فيه الغرة لأن هؤلاء يدركون ما لا يدركه غيرهم • وان قلن أو قالا لم يخطط الى الآن ولكنه مبتدأ خلق آدمى ، ولو بقى لتخطط فهل تجب به الغرة والكفارة وتنقضى به العدة ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال : فى الجميع قولان ، ومنهم من قال تنقضى به العدة ولا تجب به الغرة ولا الكفارة قولا واحدا ، وقد مضى ذلك ، وان قلن أو قالا : هذه مضغة تصلح للادمى ولغيره ، ولا ندرى لو بقيت هل تتخطط أم لا ؟ فلا تجب به الغرة ولا الكفارة ولا تنقضى به العدة ؛ لأن الأصل براءة الذمة من الضمان وثبوت العدة • وان ألقت المرأة جنينين وجبت عليه غرتان ، وان ألقت ثلاثة وجبت عليه ثلاث غرر ،وان ألقت رأسين أو أربع أيد لم يجب فيه الا غرة ، لأنه قد يكون له جسد واحد ذا رأسين أو أربع أيد فلا يجب ضمان ما زاد على جنين بالشك •

فــــرع اذا ضرب بطن امرأة منتفخة البطن فزال الانتفاخ ؛ أو بطن امرأة تجد حركة فسكنت الحركة لم يجب عليه شيء • وان ضرب بطن امرأة فماتت ولم يخرج الجنين لم يجب عليه ضمان الجنين •

وقال الزهرى : اذا سكنت الحركة التى تجد فى بطنها وجب عليه ضمان الجنين دليلنـــا أنا انما نحكم بوجود الحمـــل فى الظـــاهر ، وانما نتحققه بالخروج ، فاذا لم يخرج لم يتحقق أن هناك حملا بل يجوز أن يكون ريح فينفش فلا يلزمه الضـــمان بالشك وان ضرب بطن امرأة فماتت ثم خرج الجنين منها بعد موتها ضمن الأم بديتها وضمن الجنين بالغرة •

وقال أبو حنيفة : لا يضمن الجنين • ودليلنا أن النبى صلى الله عليـــه وسلم قضى فى الجنين بغرة عبد أو أمة ، ولم يفرق بين أن يخرج قبل موت أمه أو بعده ، ولأن كل حمل كان مضـــمونا اذا خرج قبل موت الأم كان مضمونا اذا خرج بعد موته كما لو ولدته حيا ، وان ضرب بطنها فأخرج الجنين رأسه وماتت ولم يخرج الباقى وجب عليه ضمان الجنين • وقال مالك لا يجب عليه شيء • دليلنا أن بظهور الرأس تحققنا أن هنـــاك جنينا والظاهر أنه مات من ضربته فوطب عليه ضمانه •

فــــرع اذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا فصرخ ثم مات عقيبه أو بقى متألما الى أن مات وجبت فيه دية كاملة ، سواء ولدته لستة أشهر أو لما دونها ، فان لم يصرخ ولكنه تنفس أو شرب اللبن أو علمت حياته بشيء من ذلك ثم مات عقيبه أو بقى متألما الى أن مات وجبت فيه دية كاملة •

وقال المزنى : ان ولدته حيا لدون ستة أشهر لم يجب فيه دية كاملة ، وانما يجب فيه الغرة لأنه لا تتم له حياة لما دون ستة أشهر •

وقال مالك والزهرى : اذا لم يستـــهل بالصراخ لم تجب فيـــه الدية الكاملة وانما تجب فيه الغرة ، دليلنا قد تحققنا حياته فوجب فيه دية كاملة كما لو ولدته لستة أشهر عند المزنى ، وكما لو استهل صارخا عند مالك •

ولو ضرب بطنها فألقت جنينا وفيه حيـاة مستقرة ثم جاء آخر وقتله فالقاتل هو الثانى فيجب عليه القود ان كان مكافئا أو الدية الكاملة ، وأما الأول فلا يجب عليه الا التعزير بالضرب لا غير ، لأنه لم يمت من ضربه وان ضرب بطنها فألقت جنينا فلم يستهل ولا تنفس ولا تحرك حركة تدل على حياته ولكنه اختلج لم تجب فيه الدية الكاملة . وانما تجب فيه الغرة ، لأن هذا الاختلاج لا يدل على حيـاته . لأن اللحم اذا عصر ثم ترك اختلج ، ويجوز أن يكون اختلاجه لخروجه من موضع ضيق .

وان ضرب بطن امرأة فألقت يدا ثم أسقطت بعد ذلك جنينا ناقص يد نظرت — فان بقيت المرأة متألمة الى أن أسقطت الجنين ، فان ألقته ميتـا وجبت فيه الغرة ويدخل فيها اليد ، لأن الظاهر أن الضرب قطع يده ، وان ألقته حيا ثم مات عقيب الوضع أو بقى متألما الى أن مات ففيه دية كاملة ، ويدخل فيها دية اليد ، وان خرج الجنين حيا وعاش لم يجب عليه فى الجنين شىء ووجب عليه ضمان اليد فتعرض اليد على القوابل أو عالمين فى الأجنة ، فان قلن أو قالا انها من جملته لم تنفخ فيهـا الروح وجبت فيهـا نصف الغرة ، وان قلن أو قالا انها فارقت جملة تنفخ فيها الروح وجب فيها نصف دية كاملة ، فأما اذا سقطت ثم زال ألم الضرب ثم ألقت الجنين ضمن اليد دون الجنين ، لأنه بمنزلة من قطع يد رجل ثم اندملت — فان خرج الجنين ميتا — وجب فى اليد ثم الغرة ، وان خرج حيـا ثم مات أو عاش عرضت اليد على القوابل أو عالمى أجنة — فان قلن أو قالا انها فارقت جملة لم ينفخ فيها الروح — وجب فيها نصف الغرة ، وان قلن أو قالا : انها فارقت جملة ينفخ فيها الروح كان فيها نصف الدية ، وان ضرب بطن امرأة فألقت يدا ثم ماتت الأم ولم يخرج الباقى وجبت دية الأم ووجبت فى الجنين الغرة ، لأن الظاهر أنه جنى على الجنين فأبان يده ومات من ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ولا يقبل فى الغرة ما له دون ســبع سنين ، لان الغــرة هى الخيار ، ومن له سبع سنين ليس من الخيار بل يحتاج الى من يكفله ، ولا يقبل الغلام بعد خمس عشرة سنة لانه لا يدخل على النساء ، ولا الجارية بعد عشرين سنة لانها تتغير وتنقص قيمتها فلم تكن من الخيار .

ومن اصحابنا من قال : يقبل ما لم يطعن فى السن عبــدا كان او امة ، ولا يقبــل اذا طعن فى السن لانه يستغنى بنفســه قبل ان يطعن فى السن ، ولا يستغنى اذا طعن فى السن ، ولا يقبل فيه خصى وان كثرت قيمته ، ولا معيب وان قل عيبه لانه ليس من الخيار ، ولا يقبل الا ما يساوى نصف عشر الدية ، لانه روى ذلك عن زيد بن ثابت رضى الله عنه ، ولانه لا يمكن ايجاب دية كاملة لانه لم يكمل بالحياة ولا يمكن اسقاط ضمانه لانه خلق بشر فضمن باقل ما قدر به الأرش وهو نصف عشر الدية ، لانه قدر به ارش الموضــحة ودية السن ، ولا يجبر على قبول غير الغرة مع وجودها ، كما لا يقبل فى دية النفس غير الابل مع وجودها ، فان أعوزت الغرة وجب خمس من الابل ، لان الابل هى أصــل فى الدية ، فان اعوزت وجبت قيمتها فى احــد القولين ، او خمسون دينارا او ستمائة درهم فى القول الآخر فان كانت الجناية خطأ وجبت دية مخففة ، وان كانت عمدا او عمد خطأ وجبت دية مغلظة كما قلنا فى الدية الكاملة .

وان كان احد ابويه نصرانيا والآخر مجوسيا وجب فيه نصف عشر دية نصرانى لأن فى الضمان اذا وجد فى احد ابويه ما يوجب وفى الآخر ما يسقط غلب الايجاب ولهذا لو قتل المحرم صيدا متولدا بين مأكول وغير مأكول وجب عليه الجزاء وان ضرب بطن امراة نصرانية حامل بنصرانى ثم اسلمت ثم القت جنينا ميتاً ، وجب فيــه نصف عشر دية مسلم ، لان الضمان يعتبر بحــال استقرار الجناية ، والجنين مسلم عند استقرار الجناية ، فوجب فيه نصف عشر دية مسلم ، وما يجب فى الجنين يرثه ورثته لانه بدل حر ، فورث عنه كدية غيره) .

الشرح الكلام فى الغــرة والسن فى حديه الأدنى والأقصى من البحوث غير العملية التى تلحق بأبواب العتق ، أما البدل عند اعواز الغرة ففيه نقول :

اختلف أصحابنا فيما ينتقل اليه فقال المصنف وابن الصباغ ينتقل الى خمس من الابل لأنها هى الأصل فى الدية . فان أعوزت الابل انتقل الى قيمتها فى القول الجديد والى خمسين دينارا أو ستمائة درهم فى القول القديم .

وقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا : اذا أعوزت الغرة انتقل الى قيمتها فى قوله الجديد ، كما لو غصب منه عبدا فتلف ، وينتقل الى خمس من الابل فى قوله القديم ، فان أعوزت الابل انتقل الى قيمتها فى أحد القولين ، والى خمسين دينارا أو ستمائة درهم فى الآخر .

فــرع ان كان الأبوان مسلمين وجبت الغرة مقدرة بنصف عشر دية الأب أو عشر دية الأم ، وان كانا ذميين وجبت الدية مقدرة بنصف عشر دية الأب أو عشر دية الأم ، وكذلك اذا كان الأبوان مجوسيين فانهما يعتبر من ديتهما ، وان كان أحد الأبوين نصرانيا والآخر مجوسيا اعتبرت دية الجنين بعشر دية النصرانى لأنه اذا اتفق فى بدل النفس ما يوجب الاسقاط وما يوجب الايجاب غلب الايجاب ، كما قلنا فى السبع المتولد بين الضبع والذئب[1] اذا قتله المحرم . هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودى : الجنين اليهودى والنصرانى والمجوسى لا تجب فيه الغرة . وانما يجب فيه نصف عشر دية الأب ، واذا كانا مختلفى الدين فقد خرج فيه قول آخر أن الاعتبار بالأب . وقال ابن سلمة : يعتبر بأقلهما دية . والأول أصح .

فــرع اذا ضرب بطن امرأة نصرانية حامل بنصرانى فأسلمت ثم أسقطت جنينا ميتا ففيه غرة مقدرة بنصف عشر دية المسلم ، لأن الاعتبار بالدية حال الاستقرار ، وهى مسلمة حال الاستقرار . وان ضرب بطن مرتدة فأسلمت ثم أسقطت جنينا ميتا ففيه وجهان :

---

(١) كتاب الحج باب جزاء الصيد ج ٨ .

(أحدهما) لا يضمنه ــ وهو قول ابن الحداد المصرى ــ لأن الابتداء لم يكن مغسونا (والثانى) يضمنه اعتبارا بحال الاستقرار •

فــرع اذا وطىء مسلم وذمى ذمية بشبهة فى طهر واحد ثم ضرب رجل بطنها وألقت جنينا ميتا عرض على القافة على الصحيح من المذهب ، فان ألحقته بالمسلم وجب فيه غرة مقدرة بنصف عشر دية المسلم ، وان ألحقته بالذمى وجبت فيه غرة مقدرة بنصف عشر دية اليهودى وان أشكل الأمر عليها وجب فيه ما يجب فى الجنين اليهودى لأنه يقين ، فان كان يرجو انكشاف الأمر لم نورث هذا المال أحدا ووقف الى أن يبين الأمر ، وان لم يرج انكشاف الأمر ترك حتى يصطلحوا عليه ، فان أراد الذمى والذمية أن يصطلحا فى قدر الثلث جاز لأنه لا حق للذمى فيه ، ولا يخرج هذا القدر من بينهما •

فــرع الغرة الواجبة فى الجنين الحر يرثها ورثته ، وبه قال أبو حنيفة وقال الليث بن سعد لا يورث عنه ، وانما يكون لأمه لأنه بمثابة عضو منها ، دليلنا أنه دية نفس تورث عنه كما لو خرج حيا ، وان ضرب بطن نصرانية فألقت جنينا ميتا فادعت أن هذا الجنين من مسلم زنا بها لم يجب فيه أكثر من دية جنين نصرانية ، لأن ولد الزنا لا يلحق بالزانى •

قال الطبرى : وان قالت وطئنى مسلم بشبهة فكذبها الجانى والعاقلة ، حلفوا على نفى العلم لأن الظاهر أنه تابع لها • وان صدقوها وجبت غرة مقدرة بنصف عشر دية مسلم ، وان صدقها العاقلة دون الجانى لم يؤثر تكذيب الجانى • وان صدقها الجانى وكذبتها العاقلة حملت العاقلة دية جنين النصرانية ووجب الباقى فى مال الجانى لأنه وجب باعترافه ، والله تعالى أعلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

باب أروش الجنـــايات

والجنايات التى توجب الأروش ضربان ، جروح وأعضاء ، فأما الجروح فضربان ، شجاج فى الراس والوجه ، وجروح فيما سواهما من البدن ، فأما الشجاج فهى عشر : الخارصة وهى التى تكشط الجلد ، والدامية وهى التى يخرج منها الدم ، والباضعة وهى التى تشق اللحم ، والمتلاحمة وهى التى تنزل فى اللحم ، والسمحاق وهى التى تسـميها أهل البـلد الملطاط ، وهى التى تستوعب اللحم الى أن تبقى غشاوة رقيقة فوق العظم ، والموضحة وهى التى تكشف عن العظم ، والهاشمة وهى التى تهشم العظم ، والمنقلة وتسمى أيضا المنقولة ، وهى التى تنقل العظم من مكان الى مكان ، والمأمومة وتسمى ايضا الآمة وهى التى تصل تصـل الى ام الراس وهى جلدة رقيقـة تحيط بالدماغ ، والدامغة وهى التى تصل الى الدماغ .

فصـــل والذى يجب فيه ارش مقدر من هذه الشجاج أربع ، وهى الموضحة والهاشمة والمنقلة والمأمومة ، فأما الموضحة فالواجب فيها خمس من الابل ، لما روى أبو بكر محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن بكتاب فيـه الفرائض والسنن والديات ، وفى الموضحة خمس من الابل » ويجب ذلك فى الصغيرة والكبيرة ، وفى البارزة والمستورة بالشعر ، لأن اسم الموضحة يقع على الجميـع ، وان أوضـح موضـحتين بينهمـا حاجز وجب عليـه ارش موضحتين ، لانهمـا موضحتان . وان أزال الحاجز بينهما وجب أرش موضحة لأنه صار الجميع بفعله موضحة واحدة ، فصار كما لو أوضـح الجميع من غير حاجز . وان تآكل ما بينهما وجب ارش موضحة واحـدة ، لأن سراية فعله كفعله ، وان ازال المجنى عليه الحاجز وجب على الجانى ارش الموضحتين ، لأن ما وجب بجنايته لا يسقط بفعل غيره . وان جاء آخر فأزال الحاجز وجب على الأول ارش الموضحتين وعلى الآخر ارش موضحة ، لأن فعل احدهما لا يبنى على الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته .

وان أوضح موضحتين ثم قطع اللحم الذى بينهما فى الباطن ، وترك الجلد الذى فوقهما ، ففيه وجهان :

(احدهما) يلزمه ارش موضحتين لانفصالهما فى الظاهر .

(والثانى) يلزمه ارش موضحة لانفصالهما فى الباطن ، وان شج راسـه شجة واحدة بعضها موضحة وبعضها باضعة لم يلزمه اكثر من ارش موضحة،

لأنه لو اوضح الجميــع لم يلزمه أكثر من ارش موضــحة ، فلان لا يلزمه ــ والايضاح فى البعض ــ أولى . وان أوضح جميع رأسه وقدره عشرون أصبعا ورأس الجانى خمس عشرة أصبعا اقتص فى جميع ــاسه ، واخذ عن الربع الباقى ربع ارش موضحة وخرج أبو على بن أبى هريرة وجها أخر انه ياخذ عن الباقى ارش موضحة ؛ لأن هذا القدر لو انفرد لوجب فيه أرش موضحة ، وهذا خطأ لأنه اذا انفرد كان موضحة فوجب أرشها ، وههنا هو بعض موضحة فلم يجب فيه الا ما يخصه) .

الشرح حديث كتاب النبى صلى الله عليــه وسلم مضى تخريجه ، وكذلك بيان لغات الفصل .

أما الأحكام فان الجنــايات على ما دون النفس شــيئين : جراحات وأعضاء ، فأما الجراحات فضربان ، شجاج فى الرأس والوجه ، وجراحات فيما ســواهما من البــدن ، فأما الشــجاج فى الرأس والوجه فعشرة : الخارصة ، والدامية ، والباضــعة والمتلاحمة ، والسمحاق ، والموضحة ، والهاشمة ، والمنقلة ، والمأمومة ، والدامغة ، فالتى يجب فيها أرش مقدر من هذه الشجاج الموضحة والهاشمة والمنقلة والمأمومة ، فأما الموضحة فيجب فيها خمس من الابل صغيرة كانت أو كبيرة ، وبه قال أكثر الفقهــاء وقال مالك ان كانت فى الأنف أو فى اللحى الأسفل وجبت فيها حكومة . وقال ابن المسيب : يجب فى الموضحة عشر من الابل .

دليلنا حديث أبى بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن كتابا وكان فى كتــابه « أن من اعتبط مؤمنا قتلا عن بينة فانه قود الا أن يرضى أولياء المقتول ، وأن فى النفس الدية مائة من الابل ، وأن فى الأنف اذا أوعب جدعه الدية ، وفى اللسان الدية ، وفى الشفتين الدية ، وفى البيضتين الدية ، وفى الذكر الدية ، وفى الصلب الدية ، وفى العينين الدية ، وفى الرجل الواحدة نصف الدية ، وفى المأمومة ثلث الدية ، وفى الجائفة ثلث الدية ، وفى المنقلة خمسة عشر من الابل ، وفى كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الابل . وفى السن خمس من الابل ، وفى الموضــحة خمس من الابل ، وأن الرجل

يقتل بالمرآة وعلى أهل الذهب ألف دينار » أخرجه النسائى وابن خزيمة وابن حبان وابن الجارود والحاكم والبيهقى موصولا وأبو داود فى المراسيل ؛ وصححه أحمد والحاكم وابن حبان والبيهقى ؛ وقد تقدم الكلام عليه • وقد أثبتنا رواية النسائى هنا لنرجع ما يأتى من الديات عن كثب منها اتقاء التكرار •

مسألة اذا أوضحه موضحتين أو ثلاثا أو أربعا وجبت لكل موضحة خمس من الابل لعموم الخبر ، فان كثرت المواضح حتى زاد أرشها على دية النفس ففيه وجهان لأصحابنا الخراسانيين •

(أحدهما) لا يجب أكثر من دية النفس ، لأن ذلك ليس بأكثر حرمة من نفسه (والثانى) يجب بكل موضحة خمس من الابل — وهو المشهور — لقوله صلى الله عليه وسلم « وفى الموضحة خمس من الابل » ولم يفرق ، ولأنه يجب فى كل واحدة أرش مقدر فوجب ، وان زاد ذلك على دية النفس ؛ كما لو قطع يديه ورجليه ، فان أوضحه موضحتين بينهما حاجز ثم أزال الجانى هذا الحاجز لم يجب عليه أكثر من أرش موضحة ؛ لأن فعل الانسان يبنى بعضه على بعض ، كما لو قطع يديه ورجليه ثم مات ، وكذلك ان تآكل ما بينهما بالجناية صار كما لو خرق ما بينهما لأن سراية فعله كفعله فصار كما لو قطع يديه ورجليه وسرى ذلك الى نفسه ؛ وان خرق أجنبى ما بينهما وجب عليه أرش موضحة ان بلغ الى العظم • ووجب على الأول أرش موضحتين ، لأن فعل الانسان لا يبنى على فعل غيره • وان خرق المجنى عليه ما بينهما صار ما فعله هدرا ولم يسقط بذلك عن الجانى شىء وان أوضح رجلان فى رأس رجل موضحتين واشتركا فيهما ثم جاء أحدهما وخرق ما بينهما وجب على الخارق نصف أرش موضحة ، وعلى الذى لم يخرق أرش موضحة ، لأنهما لما أوضحاه أولا وجب على كل واحد منهما أرش موضحة ، فاذا خرق أحدهما الحاجز بينهما صار فى حقه كأنهما أوضحاه موضحة واحدة فكان عليه نصف أرشها ولم يسقط بذلك مما وجب على الآخر شىء •

فـــرع اذا شج رجل آخر شجة ، بعضها موضحة وبعضها باضعة وبعضها متلاحمة لم يجب عليه أكثر من أرش موضـــحة ؛ لأنه لو أوضحها جميعها لم يجب عليه أكثر من أرش موضحة ؛ فلأن لا يلزمه ــ والايضاح فى بعضها ــ أولى وان أوضحه موضحتين وخرق اللحم الذى بينهما ولم يخرق الجلد الظاهر ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أرش موضحتين اعتبارا بالظاهر (والثانى) لا يلزمه الا أرش موضحة اعتبارا بالباطن •

وان أوضحه موضحتين وخرق الجلد الذى بينهما ولم يخرق اللحم لم يلزمه الا أرش موضحة وجها واحدا ؛ لأنه لو خرق الظاهر والباطن بينهما لم يلزمه الا أرش موضحة ؛ فلان لا يلزمه الا أرش موضحة ولم يخرق الا الظاهر أولى • وان أوضحه موضحة فى الرأس ونزل فيها الى القفا ــ وهو العنق ــ وجب عليه أرش موضحة فى الرأس وحكومة فيما نزل الى القفا ، لأنهما عضوان مختلفان ، وان أوضحه موضحة بعضها فى الرأس وبعضها فى الوجه ففيه وجهان : (أحدهما) يلزمه أرش موضحتين لأنهما عضـــوان مختلفان ، فهما كالرأس والقفا • (والثانى) لا يلزمه الا أرش موضحة ؛ لأن الجميع محل للموضحة بخلاف القفا ؛ والأول أصح لأنهما مختلفـــان فى الظاهر •

وان أوضح جميـــع رأسه ورأس المجنى عليه عشرون أصـــبعا ورأس الجانى خمسة عشر أصبعا فاقتص منه فى جميع رأسه ، فانه يجب للمجنى عليه فما بقى الأرش ؛ لأنه لم يستوف قدر موضحته ، وكم يجب له ؟ فيه وجهـــان •

(أحدهما) يجب له أرش موضحة ، لأنه لو أوضحه قدر ذلك لوجب فيه أرش موضحة (والثـــانى) وهو الأصح أنه لا يجب له الا ربع أرش

موضحة ، لأنه أوضحه موضحة وقد استوفى ثلاثة أرباعهـــا فبقى له ربع أرشها • واذا وجب له أرش موضحة مغلظة فانه يجب له حقتان وثلاثة أبعرة

من النوعين الآخرين قال القاضى أبو الطيب : فيكون له بعير ونصف من الحقاق ، وبعير ونصف من الجذاع •

قال ابن الصباغ : وهذا يقتضى أن يأخذ قيمة الكسرين الا أن يرضى أن يأخذهما من السن الأل ؛ وهو أن يأخذ حقتين وجذعة •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجب فى الهاشمة عشر من الابل لما روى قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت انه قال « فى الهاشمة عشر من الابل » وان ضرب رأسه بمثقل فهشم العظم من غير ايضاح ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابى على بن ابى هريرة أنه تجب فيه الحكومة ، لأنه كسر عظم من غير ايضاح ، فأوجب الحكومة ككسر عظم الساق • (والثانى) وهو قول ابى اسحاق أنه يجب فيه خمس من الابل ، وهو الصحيح ، لأنه لو أوضحه وهشمه وجب عليه عشر من الابل ، فدل على أن الخمس الزائدة لأجل الهاشمة ، وقد وجدت الهاشمة فوجب فيها الخمس ، وان هشم هاشمتين بينهما حاجز وجب عليه ارش هاشمتين كما قلنا فى الموضحتين •

فصل ويجب فى المنقلة خمس عشرة من الابل لما روى عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن « فى المنقلة خمس عشرة من الابل » وان أوضح رأسه موضحة ونزل فيها الى لونه ففيه وجهان (أحدهما) انه يجب عليه أرش موضحتين لأنه اوضح فى عضوين فوجب أرش موضحتين ، كما لو فصل بينهما • (والثانى) يجب أرش موضحة لأنها موضحة واحدة • فاشبه اذا اوضح فى الهامة موضحة ونزل فيها الى الناصية ، وان أوضح فى الراس موضحة ونزل فيها الى القفا وجب عليه أرش الموضحة فى الرأس ، ويجب عليه حكومة فى الجراحة فى القفا ، لأنه ليس بمحل للموضحة فانفرد الجرح فيه بالضمان •

فصل ويجب فى المأمومة ثلث الدية لما روى عكرمة بن خالد « ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى المأمومة بثلث الدية ، واما الدامغة فقد قال بعض اصحابنا يجب فيها ما يجب فى المأمومة ، وقال اقضى القضاة ابو الحسن الماوردى البصرى : يجب عليه أرش المأمومة وحكومة ، لان خرق الجلد جناية بعد المأمومة فوجب لأجلها حكومة •

فصــــل وان شج رأس رجل موضحة فجاء آخر فجعلها هاشمة ، وجاء آخر فجعلها منقلة ، وجاء آخر فجعلها مامومة ، وجب على الأول خمس من الابل ، وعلى الثاني خمس ، وعلى الثالث خمس ، وعلى الرابع ثمانية عشر بعيراً وثلث ، لان ذلك جناية كل واحد منهم) .

الشرح أثر زيد بن ثابت أخرجه البيهقى . ثم حكاه البيهقى عن عدد من أهل العلم . وقد اتفق أهل العلم على أنه لم يبلغنا عن النبى صلى الله عليه وسلم فيها تقدير ؛ وحكوا عن مالك قوله : لا أعرف الهاشمة لكن فى الايضاح خمس وفى الهشم عقوبة . وكان الحسن البصرى لا يوقت فيها شيئا . قال ابن المنذر : النظر يدل على قول الحسن البصرى اذ لا سنة فيها ولا اجماع ، ولأنه لم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم تقدير فوجبت فيها الحكومة كما دون الموضحة ؛ وسيأتى نقضه .

أما مرسل عكرمة ذلك لأنه ابن خالد بن العاص بن هشام المخزومى من التابعين ؛ فان فى حديث عمرو بن حزم عن كتاب النبى صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن ما يغنى عنه .

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم : وقد حفظت عن عدد لقيتهم ــ وذكر لى عنهم أنهم قالوا ــ فى الهاشمية عشر من الابل وبهذا أقول . ثم قال ولو كانت الشجة كبيرة فهشمت موضعا أو مواضع بينهما شىء من العظم لم ينهشم كانت هاشمة واحدة لأنها جنـاية واحدة ، ولو كانت بينهما شىء من الرأس لم تشققه والضربة واحدة فهشمت مواضـــع كان فى كل موضع منها انفصل حتى لا يصل به غيره مجروحا بتلك الضربة هاشمية . وهكذا فى المنقلة والمأمومة .

ومن قال فى الهاشمة عشر من الابل أحمد بن حنبل وأبو حنيفة وقال مالك : يجب فيها خمس من الابل وحكومة فى كسر العظم دليلنا ما روى عن زيد بن ثابت ولا مخالف له فى الصحابة فكان اجماعا ، ومثل حكم زيد يدل ظاهره على أنه توقيف ، ومن ثم لا يخلو من أثر عن النبى صـــلى الله عليه وسلم ؛ ولأنها شـــجة فوق الموضحة تختص باسم فكان فيهـــا مقدر كالمأمومة .

وان ضرب وجهه أو رأسه بمثقل فهشم العظم من غير أن يقطع جلدا ولا لحما ففيه وجهان ، قال أبو على بن ابى هريرة : يجب فيها حكومة لأنها ليست بموضحة ولا هاشمة ، وانما كسر عظم ، فهو كما لو كسر يده •

وقال أبو اسحاق المروزى : عليه خمس من الابل ، وهو الأصح لأنه لو أوضحه وهشمه لوجب عليه عشر من الابل ، ولو أوضحه ولم يهشمه لم يجب عليه الا خمس من الابل ، فدل على أن الخمس الزائدة لأجل الايضاح •

فرع اذا شجه شجة بعضها موضحة وبعضها هاشمة وبعضها دون موضحة لم يجب عليه الا عشر من الابل ، لأنه لو هشم الجميع لم يجب عليه الا عشر من الابل ، فلأن لا يلزمه الهشم فى البعض أولى ، وان هشمه هاشمتين بينهما حاجز لزمه أرش هاشمتين ، وان أوضحه موضحتين وهشم العظم بكل واحدة منهما واتصل الهشم فى الباطن وجب عليه أرش هاشمتين وجها واحدا ، والفرق بينهما وبين الموضحتين اذا اتصلتا فى الباطن ، لأن الحائل قد ارتفع بين الموضحتين فى الباطن ، وههنا اللحم والجلد بينهما باق فكانتا هاشمتين ؛ وانما الكسر اتصل ولا اعتبار به وبكل ما قلنا ذهب أحمد وأصحابه •

قوله « فى المنقلة خمس عشرة من الابل » وفى رواية « خمسة عشر من الابل » قال فى القاموس هى الشجة التى ينقل منها فراش العظام ، وهى قشور تكون على العظم دون اللحم • وفى النهاية لابن الأثير أنها التى تخرج صغار العظام وتنتقل عن أماكنها • وقيل التى تنقل العظم أى تكسره • وقد روى ذلك عن على وزيد بن ثابت والعترة وأحمد بن حنبل وأبى حنيفة • قال قدامة : وهو اجماع أهل العلم • أما تفصيلها فكما فى تفصيل الموضحة والهاشمة •

قوله « ويجب فى المأمومة ثلث الدية » قلت ارجع الى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن فى أول الباب •

قال ابن عبد البر : أهل العراق يقولون لها الآمة وأهل الحجاز المأمومة.
وهي الجراحة الواصلة الى أم الدماغ ، سميت أم الدماغ لأنهـا تحوطه وتجمعه ، فاذا وصلت الجراحة اليها سميت آمه ومأمومه ، وأرشها ثلث الدية فى قول عامة أهل العلم الا مكحولا فانه قال : ان كانت عمدا ففيهـا ثلثـا الدية ، وان كانت خطأ ففيهـا ثلثهـا ، هكذا نقله الشـوكانى عن ابن المنذر .

أما الدامغة وهى أن يخرق جلدة الدماغ وفيها ما فى المأمومة ، ولم يذكر متقدمو أصحاب أحمد الدامغة لمساواتها المأمومة فى أرشها ، قال ابن قدامة : ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها فى الغـالب . وقال أبو الحسن الماوردى البصرى صاحب الحاوى والأحكام السلطانيه وأدب الدنيا والدين وغيرها وامام أصحابنا العراقيين : يجب فيها حكومة مع ثلث الدية لخرق الغشاوة التى على الدماغ وبه قال بعض اصحاب أحمد كما أفاده ابن قدامة .

فـــرع قال أبو العباس بن سريج : وان أوضحه رجل وهشمه آخر ونقله آخر وآمه فى موضع واحد وجب على الذى أوضحه خمس من الابل وعلى الذى هشمه خمس من الابل وعلى الذى نقله خمس من الابل وعلى الذى آمه ثمانى عشرة من الابل وثلث ، لأن ذلك قدر أرش جناية كل واحد منهم ، وهو اختيار المصنف هنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وأما الشجاج التى قبل الموضحة وهى خمسة : الخارصة والدامية والباضـعة والمتلاحمة والسمحاق ، فينظر فيهـا فان امكن معرفة قدرها من الموضحة بأن كانت فى الراس موضحة فشج رجل بجنبها باضعة و متلاحمة وعرف قدر عمقها ومقدارها من الموضحة من نصف او ثلث او ربع ، وجب عليه قدر ذلك من ارش الموضحة ، لأنه يمكن تقدير ارشها بنفسها فلم تقدر بغيرها ، وان لم يمكن معرفة قدرها من الموضحة وجبت فيها الحكومة ، لأن تقدير الأرش بالشرع ولم يرد الشرع بتقدير الأرش فيما دون الموضحة ، وتعذر معرفة قدرها من الموضحة فوجبت فيها الحكومة .

فصـــــل وأما الجروح فيما سوى الراس والوجه فضربان ، جائفة وغير جائفـة فأما غير الجائفـة فهى الجراحات التى لا تصـــل الى جوف ، والواجب فيها الحكومة فان أوضح عظما فى غير الراس والوجه أو هشمه أو نقله وجب فيه الحكومة ، فان أوضح عظما فى غير الراس والوجه أو هشـمه او نقله وجب فيه الحكومة ، لأنهـا لا تشارك نظـائرها من الشجاج التى فى الراس والوجه فى الاسم ولا تســاويها فى الشين والخوف عليه منهـا ، فلم تساوها فى تقدير الارش . وأما الجائفة وهى التى تصل الى الجوف من البطن أو الظهر او الورك أو الصدر او ثغرة النحر ، فالواجب فيها ثلث الدية ، لما روى فى حديث عمرو بن حزم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن : ((فى الجائفة ثلث الدية)) فان أجاف جائفتين بينهما حاجز وجب فى كل واحدة منهما الدية .

وان أجاف جائفة فجاء آخر ووسعها فى الظاهر والباطن وجب على الثانى ثلث الدية ، لأن هذا القدر لو انفرد لكان جائفة فوجب فيه أرش الجائفة ، فان وسعها فى الظاهر دون الباطن أو فى الباطن دون الظـاهر وجب عليـه حكومة ، لأن جنايته لم تبلغ الجائفة .

وان جرح فخذه وجر السكين حتى بلغ الورك وأجاف فيـه ، أو جرح الكتف وجر السكين حتى بلغ الصدر واجاف فيه ، وجب عليه أرش الجائفة وحكومة فى الجراحة ، لأن الجراحة فى غير موضع الجائفة فانفردت بالضمان كما قلنا فيمن نزل فى موضحة الراس الى القفا .

وان طعن بطنه بســنان فاخرجه من ظهره ، أو طعن ظهره فأخرجه من بطنه وجب عليه فى الداخل الى الجوف أرش الجائفة لأنها جائفة ، وفى الخارج منه الى الظاهر وجهان (احدهما) وهو المنصوص انه جائفة ، ويجب فيهـا أرش جائفة أخرى لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ((أن عمر رضى الله عنه قضى فى الجائفة اذا نفذت من الجوف جائفتان ، ولأنها جراحة نافذة الى الجوف فوجب فيها أرش جائفة كالداخلة الى الجوف (والثانى) ليس بجائفة ، ويجب فيها حكومة ، لأن الجائفة ما تصل من الظاهر الى الجوف ، وهذه خرجت من الجوف الى الظاهر فوجب فيها حكومة .

فصـــــل ان طعن وجنته فهشم العظم ووصلت الى الفم ففيه قولان

(احدهما) انها جائفة ويجب فيها ثلث الدية ، لأنها جراحة من ظاهر الى جوف فاشبهت الجراحة الواصلة الى الباطن .

(والثانى) انه ليس بجائفة ، لأنه لا تشارك الجائفة فى اطلاق الاسم ولا

تساويها فى الخوف عليه منها ، فلم تساوها فى ارشها ، فعلى هذا يجب عليه دية هاشمة لأنه هشم العظم ويجب عليه حكومة لما زاد على الهاشمة .

فصــــل وان خاط الجائفة فجاء رجل وفتق الخياطة نظرت ــ فان كان قبل الالتحام ــ لم يلزمه ارش لأنه لم توجد منه جناية ويلزمه قيمة الخيط واجرة المثل للخياطة ، وان كان بعد التحام الجميع لزمه ارش جائفة ، لأنه بالالتحــام عاد الى ما كان قبل الجنــاية ويلزمه قيمة الخيط ولا تلزمه أجرة الخياطة لأنها دخلت فى ارش الجائفة ، وان كان بعــد التحام بعضــها لزمه الحكومة لجنايته على ما التحم وتلزمه قيمة الخيط ولا تلزمه أجرة الخيــاطة لأنها دخلت فى الحكومة .

فصــــل وان ادخل خشبة او حديدة فى دبر انسان فخرق حاجزاً فى الباطن ففيه وجهان بناء على الوجهين فيمن خرق الحاجز بين الموضحتين فى الباطن (أحدهما) يلزمه ارش جائفة لأنه خرق حاجزاً الى الجوف (والثانى) تلزمه حكومة لبقاء الحاجز الظاهر .

فصــــل وان اذهب بكارة امرأة بخشبة أو نحوها لزمته حكومة ، لأنه اتلاف حاجز وليس فيه أرش مقدر ، فوجبت فيه الحكومة . وان اذهبها بالوطء لم يلزمه أرش لأنها ان طاوعته فقــد أذنت فيه ، وان أكرههــا دخل ارشها فى المهر ، لأنا نوجب عليه مهر بكر .

الشرح فى مراسيل مكحول « أن النبى صلى الله عليه وسلم جعل فى الموضحة خمسا من الابل ولم يوقت فيما دون ذلك شيئا ، فاذا كان تقدير الأرش لا يثبت الا بالنص التوقيفى ولا توقيف ها هنا فى الشجاج التى قبل الموضحة بأرش مقدر فانه اذا ثبت هذا فاذا أمكن معرفة قدرها من الموضحة بأن كان فى رأس المجنى عليه موضحة ثم شج فى رأسه دامغة أو باضعة ، فان عرف قدر عمقها من عمق الموضحة التى فى رأسه وجب فيها تقــدير ذلك من أرش الموضحة ، وان لم يمكن معرفة قدر عمقها من عمق الموضحة التى فى رأسه وجب فيها حكومة يعرف بالتقويم على ما يأتى بيــانه ، فان تيقنا أنها نصف الموضحة وشككنا هل يزيد أم لا ؟ فانه يقوم ، فان خرجت حكومتها بالتقويم نصف أرش الموضحة لا غير ، لم تجب الزيادة لأنا علمنا أن الزيادة لا حكم لها ، وان خرجت حكومتها أكثر من نصف أرش الموضحة وجب ذلك لأنا علمنــا أن الشك له حكم ، وان خرجت حكومتها أقل من نصف أرش الموضحة . لأنا قد تيقنا وجوب النصف وعلمنا أن التقويم خطأ ،

قوله « وأما الجروح فيما سوى الرأس والوجه الخ » فجملة ذلك أن هذه الجرحة ضربان جائفة وغير جائفة ، فأما غير الجائفة وهى الموضحة والهاشمة والمنقلة وما دون الموضحة من الجراحات فلا يجب فيها أرش مقدر ؛ وانما يجب فيها حكومة لأن النبى صلى الله عليه وسلم ذكر الموضحة وما بعدها من الجراحات وذكر بعدها المأمومة ، والمأمومة لا تكون الا فى الرأس ، فعلم أن ما قبلها لا تكون الا بالرأس ، والوجه فى معنى الرأس ، ولأن هذه الجراحات فى سائر البدن لا تشارك نظائرها فى الرأس والوجه فى الشين والخوف عليه منها فلم يشاركها فى تقدير الأرش . وأما الجائفة فهى الجراحات التى تصل الى الجوف من البطن أو الصدر أو ثغرة النحر أو الورك فيجب فيها ثلث الدية .

وقال مكحول : « ان تعمدها وجب فيها الدية » دليلنا كتاب النبى صلى الله عليه وسلم الى أهل اليمن الذى سقنا لك نصه فى أول الباب ، وعن ابن عمر مثل ذلك أن فى الجائفة ثلث الدية ؛ وهو قول عامة أهل العلم ، منهم أهل المدينة وأهل الكوفة وأهل الحديث وأصحاب الرأى الا مكحولا حيث قال ان فى عمدها ثلثى الدية ولأنها جراحة أرشها مقدر فلم يختلف قدر أرشها بالعمد والخطأ كالموضحة ، ولا نعلم فى جراح البدن الخالية عن قطع الأعضاء وكسر العظام مقدرا غير الجائفة ؛ والجائفة ما وصل الى الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو ثغرة نحر أو ورك أو غيره .

وذكر ابن عبد البر أن مالكا وأبا حنيفة والشافعى والبتى وأصحابهم اتفقوا على أن الجائفة لا تكون الا فى الجوف ، قال ابن القاسم : الجائفة ما أفضى الى الجوف ولو بمغرز ابرة ، فأما خرق شدقه فوصل الى باطن

فان أجافه جائفتين بينهما حاجز وجب علية أرش جائفتين ، وان طعنه فأنفذه من ظهره الى بطنه ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يجب عليه الا أرش جائفة ، لأن الجائفة هو ما ينفذ من خارج الى داخل ، فأما الخارج من داخل الى خارج فليس بجائفة ، فيجب فيها حكومة .

(والثانى) يجب عليه أرش جائفتين ؛ وبه قال مالك ؛ وهو المذهب ، لأنه روى عن أبى بكر الصديق وعمر بن الخطاب ولا مخالف لهما فى الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ، ولأنهما جراحتان نافذتان الى الجوف ، فهو كما لو نفذتا من خارج الى داخل .

فرع وان أجاف رجلا جائفة ثم جاء آخر وأدخل السكين فى تلك الجائفة ، فان لم يقطع شيئا فلا شىء عليه وانما يعزر به ، وان وسعها فى الظاهر والباطن وجب عليه أرش جائفة لأنه أجاف جائفة أخرى ؛ وان يسعها فى الظاهر دون الباطن أو فى الباطن دون الظاهر أو أصاب بالسكين كبده أو قلبه وجرحه وجبت عليه حكومة . وان قطع أمعاءه أو أبان حشوته فهو قاتل ، لأن الروح لا تبقى مع هذا ، والأول جارح .

وان وضع السكين على فخذه فجره حتى بلغ به البطن وأجافه ؛ أو وضعه على كتفه حتى بلغ به الظهر وأجافه وجب عليه أرش جائفة وحكومة للجراحة فى الكتف والفخذ ؛ لأنهما جراحة فى غير محل الجائفة ، وان وضع السكين على صدره وجرها حتى بلغ به الى بطنه أو ثغرة النحر وأجافه لم يجب عليه الا أرش جائفة ؛ لأن الجميع محل للجائفة ؛ ولو أجافه فى الجميع لم يلزمه الا أرش جائفة فلئلا يلزمه ولم يجفه الا فى بعضه أولى . هذا هو اتفاق أهل العلم .

فرع اذا أجافه جائفة فخاط الجائفة ؛ فجاء آخر وفتق تلك الخياطة ؛ فان كان الجرح لم يلتحم ظاهرا أو باطنا لم يلزم الثانى أرش ، وانما يعزر ، كما لو أدخل السكين فى الجائفة قبل الخياطة ، ويجب عليه قيمة الخياطة وأجرة المثل ، و ان كانت الجراحة قد التحمت فقطعها ظاهرا أو باطنا وجب عليه أرش جائفة ؛ لأنه عاد كما كان ، وان التحمت الجراحة فى الظاهر دون الباطن أو فى الباطن دون الظاهر ففتقه وجبت عليه الحكومة ، وكل موضع عليه أرش الجائفة أو الحكومة فانه يجب عليه معه قيمة للخيط ، وتدخل أجرة الطبيب الذى يجرى عملية الخياطة فى الأرش أو فى الحكومة . وهذا هو اتفاق أهل العلم .

فـــرع اذا جرحه فى جوفه فخرجت الجراحة من الجانب الآخر فهما جائفتان فى قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء ومجاهد وقتادة ومالك وأحمـد وأصحاب الرأى . قال ابن عبـد البر : لا أعلمهم يختلفون فى ذلك . وقال بعض أصحابنا : هى جائفة واحدة .

وحكى هذا عن أبى حنيفة . لأن الجائفة هى التى تنفذ من ظاهر البدن الى جوف ، وهذه الثانية انما نفذت من الباطن الى الظهر وقد استـدل الجمهور بما أخرجه سعيد بن منصور فى سننه عن سعيد بن المسيب « أن رجلا رمى بسهم فأنفذه فقضى أبو بكر رضى الله عنه بثلثى الدية » وروى نحوه عن عمر رضى الله عنه من طريق عمرو بن شعيب عن أبيـه عن جده ، لأن الاعتبار بوصـول الجرح الى الجوف لا بكيفية ايصـاله ، اذ لا أثر لصورة الفعل مع التساوى فى المعنى ؛ كما قلنا فيمن أوضح انسـانا فى رأسه ثم أخرج السكين من موضـع آخر فهما موضحتان ؛ وان هشـمه هاشمة لها مخرجان فهما هاشمتان .

فـــرع اذا ضرب وجنته فكسر العظم ووصل الى فيه ، ففيـه قولان (أحدهما) يجب عليه أرش جائفة ، لأنها جراحة وصلت الى جوف الفم ، فهو كما لو وصلت الى جوف البطن أو الرأس (والثانى) لا يجب عليه الا أرش هاشمة لهشم العظم وحكومة لما زاد ، لأن هذه دون الجائفة الى البطن أو الرأس فى الخوف عليه منها ؛ وان جرحه فى أنفه فخرقه الى باطنه ؛ قال أبو على الطبرى ففيه قولان ، كما لو هشم عظم وجنته فوصل الى فيه . وقال ابن الصباغ : لا يجب عليه أرش جائفة قولا واحدا .

فـــرع اذا أدخل خشبة فى دبر انسان فخرق حاجزا فى البطن فهل يلزمه أرش جائفـة ؟ فيه وجهـان كما قلنا فيمن خرق البـاطن بين الموضحتين دون الظاهر وقال أحمد وأصحابه : عليه حكومة ولا يلزمه أرش جائفة وجها واحدا . أما اذا أذهب بكارة امرأة بخشـبة أو بيده فليست بجائفة ؛ لأنه لا يخاف عليها من ذلك فان كانت أمة وجب عليه ما نقص من قيمتها ، وان كانت حرة ففيها حكومة ، فان أكرهها على الزنا وجب عليـه

حكومة ، ولاذهاب البكارة مهر المثل ، وهل يلزمه أرش البكارة ؟ عند أصحاب أحمد فيها روايتان لاحداهما لا يلزمه لأن أرش البكارة داخل فى مهر المثل أكبر من مهر الثيب ، فالتفاوت بينهما هو عوض أرش البكارة فلم يضمنه مرتين (والثانية) يضمنه لأنه محل أتلفه بعدوانه فلزمه أرشه ، كما لو أتلفه بأصبعه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل واما الأعضاء فيجب الأرش فى اتلاف كل عضو فيه منفعة أو جمال ، فيجب فى اتلاف العينين الدية ، وفى احداهما نصفها ، لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال فى كتاب كتبه لعمرو بن حزم . ((هذا كتاب الجروح ، فى النفس مائة من الابل وفى العين خمسون من الابل ، فأوجب فى كل عين خمسين من الابل)) فدل على انه يجب فى العينين مائة ، ولأنهما من أعظى الجوارح جمالا ومنفعة ، ويجب فى عين الأعور نصف الدية للخبر ، ولأن ما ضمن بنصف الدية مع بقاء نظيره ضمن به مع فقد نظيره كاليد .

وان جنى على عينيه او راسه او غيرهما فذهب ضوء العينين وجبت الدية لانه اتلف المنفعة المقصودة بالعضو فوجبت ديته ، كما لو جنى على يده فشلت ، وان ذهب الضوء من احداهما وجب نصف الدية ، لأن ما أوجب الدية فى اتلافهما اوجب نصف الدية فى اتلاف احداهما كاليدين . وان ازال الضوء فاخذت منه الدية ثم عاد وجب رد الدية ، لانه لما عاد علمنا انه لم يذهب ، لأن الضوء اذا ذهب لم يعد .

وان زال الضوء فشهد عدلان من اهل الخبرة انه يرجى عوده ،فان لم يقدر لعوده مدة معلومة لم ينتظر لأن الانتظار الى غير مدة معلومة يؤدى الى اسقاط موجب الجناية . وان قدر مدة معلومة انتظر وان عاد الضوء لم يجب شيء ، وان لم يعد أخذ الجانى بموجب الجناية من القصاص او الدية ، وان مات قبل انقضاء المدة لم يجب القصاص لانه موضع شبهة لانه يجوز ان لا يكون بطل الضوء ، ولعله لو عاش لعاد والقصاص يسقط بالشبهة ، واما الدية فقد قال فيمن قلع سنا وقال اهل الخبرة : يرجى عوده الى مدة فمات قبل انقضائها ان فى الدية قولين : (احدهما) تجب لانه اتلف ولم يعد . (والثانى) لا تجب لانه لم يتحقق الاتلاف ولعله لو بقى لعاد ، فمن أصحابنا من جعل فى دية الضوء قولين ، ومنهم من قال : تجب دية الضوء قولا واحداً ، لأن عود الضوء غير معهود ، بخلاف السن فان عودها معهود .

فصـــل فان جنى على عينيه فنقص الضوء منهما ، فان عرف مقدار النقصان بأن كان يرى الشخص من مسافة فصـار لا يراه الا من نصف تلك المسافة وجب من الدية بقسطها ، لأنه عرف مقدار ما نقص فوجب بقسطه ، وان لم يعرف قدر النقصان بأن ساء ادراكه وجبت فيه الحكومة لأنه تعذر التقدير ، فوجبت فيه الحكومة . وان نقص الضوء فى احدى العينين عصبت العليلة واطلقت الصحيحة ، ووقف له شخص فى موضع يراه ، ثم لا يزال يبعد الشخص ويسال عنه الى أن يقول : لا اراه ، ويمسح قدر المسافة ثم تطلق العليلة وتعصب الصحيحة ، ولا يزال يقرب الشخص الى ان يراه ، ثم ينظر ما بين المسافتين ، فيجب من الدية بقسطها .

فصـــل وان جنى على عين صبى أو مجنون فذهب ضـوء عينه ، وقال أهل الخبرة : قد زال الضوء ولا يعود ، ففيه قولان .

(احدهما) انه لا يجب عليه فى الحـال شىء ، حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون ويدعى زوال الضوء ، لجواز ان لا يكون الضوء زائلا (والقول الثانى) انه يجب القصاص او الدية ، لأن الجناية قد وجدت فتعلق بها موجبها .

فصـــل وان جنى على عين فشخصت او احولت وجبت عليه حكومة ، لأنه نقصان جمال من غير منفعة ، فضمن بالحكومة ، وان أتلف عينا قائمـة وجبت عليه الحكومة لأنه اتلاف جمال من غير منفعة فوجبت فيها الحكومة .

فصـــل ويجب فى الجفون الدية لأن فيها جمالا كاملا ومنفعة كاملة ، لانها تقى العين من كل ما يؤذيها ، ويجب فى كل واحد منها ربع الدية ، لأنه محـدود ، لأنه ذو عدد تجب الدية فى جميعهـا ، فوجب فى كل واحد منهـا ما يخصها من الدية كالأصابع وان قلع الأجفان والعينين وجب عليه ديتان ، لانهما جنسـان يجب باتلاف كل واحد منهما الدية ، فوجب باتلافهما ديتـان كاليدين والرجلين ، فان اتلف الأهداب وجبت عليـه الحكومة ، لأنه اتلاف جمال من غير منفعة ، فضمن بحكومة ، وان قلع الأجفان وعليها الأهداب ففيه وجهان (احدهما) لا يجب للأهداب حكومة ، لأنه شعر نابت فى العضو المتلف فلا يفرد بالضمان كشعر الذراع (والثانى) يجب للأهداب حكومة ، لأن فيها جمالا ظاهراً فافردت عن العضو بالضمان) .

الشرح يأخذ المصنف فى ديات الأعضاء ، فيبحث أولا فى ديات العين ، فيتقرر من هذا أن فى العين الدية لما عرفناه من كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن وفيه «وفى العينين الدية » وجب فى احداهما نصف

الدية . وهذا مطرد فيما فيه زوج كالأذن والرجل واليد ، ولا أعلم فى ذلك مخالفا الا فى الأعور فان مقتضى المذهب أنه لا يجب فيه الا نصف الدية خمسون من الابل أو من النقدين تقويما ؛ وبه قال النخعى والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة وأصحابه . وقال الزهرى ومالك والليث وأحمد واسحاق : يجب فيها جميع الدية .

وروى ذلك عن عمر وعلى وابن عمر ، وذلك لعماه بسببها فساوت مصيبته مصيبة من قلعت عيناه .

دليلنا أن الدليل لم يفصل ولم يفرق بين عين الأعور وعين غيره ؛ ولأن ما ضمن ببدل مع بقاء نظيره ضمن به مع فقد نظيره كاليد .

وان قلع الأعور عين من له عينان وللجانى مثلها كان المجنى عليه القصاص . وقال أحمد : ليس له القصاص منه . دليلنا قوله تعالى « والعين بالعين » ولم يفرق واذ عفا المجنى عليه عن قلع عين الأعور لم يستحق عليه الا نصف الدية . وقال مالك يستحق عليه جميع الدية . دليلنا أنه قلع عين واحدة فاذا عفا عن القصاص لم يجب له أكثر من ديتها كما لو كانتا سليمتين .

فرع اذا جنى على عينه أو رأسه فذهب ضوء بصره والحدقة باقية كانفصال الشبكية وجبت عليه الدية للحديث المرفوع « وفى البصر مائة من الابل » ولكتابه صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن « وفى العينين الدية » ولأنه أذهب المنفعة المقصودة بالعين وعطل وظائفها فوجب عليه أرشها ، كما لو جنى على يده فشلت ، وان ذهب البصر من احدى العينين وجب عليه نصف الدية ؛ كما لو أشل احدى يديه ، فان قلع عينا عليها بياض — فان كان على غير الناظر (القرنية) أو على الناظر الا أنه خفيف يبصر بها من تحته وجب عليه جميع ديتها ، لأن البياض لا يؤثر فى منفعتها ، وانما يؤثر فى جمالها ، فهو كما لو قطع يدا عليها ثآليل ، فان كان لا يبصر لم تجب عليه الدية ، وانما عليه الحكومة ، كما لو قطع يدا

شلاء ، وان نقص بصرها بالبياض وجب عليه من ديتها بقدر ما بقى من بصرها •

(تنبيه) اعلم أن العين الكاملة الابصار مقياسها عند الأطباء ٦ على ٦ ودونها ٦ على ٩ ثم ٦ على ١٢ ثم ٦ على ١٨ ثم ٦ على ٢٤ ثم ٦ على ٣٦ ، ثم ٦ على ٦٠ ولها علامات مرسومة على لوحة مثبتة على حائط يبعد عند الكشف من مترين الى أربعة أمتار فيها أقواس كبيرة من أعلاها ثم تأخذ فى الصغر حتى تبلغ فى الدقة الحد الذى يجعل رؤيتها دليلا على أن العين كاملة الابصار ، وبهذا المقياس يمكن أن نكتفى به عن الصور التى رسمها المصنف من وقوف شخص على بعد ثم اقترابه ، وما الى ذلك مما لم يكن له بديل أدق منه فى عصرهم •

أما وقد وصل الكشف الطبى فى زماننا الى الاطلاع على قاع العين بالعدسات والآلات الحديثة ، فان الاعتبار يكون بالوسائل الحديثة وبها تأخذ ، على أن الصورة التى مثل بها الامام الشافعى رضى الله عنه لا يمكن أن يقوم مقامها صورة أخرى للاثبات أو النفى عند التحقيق فى دعوى المجنى عليه وهى فى الفرع التالى •

فـــرع اذا جنى على عينه فذهب ضوؤها فأخذت منه الدية ثم عاد ضوؤها وجب رد ديتها ؛ لأنا علمنا أنه لم يذهب ، وان ذهب ضوؤها وقال رجلان من أطباء العيون برجاء عودته ــ فان لم يقدرا ذلك الى مدة لم ينتظر ، وان قدراه الى مدة انتظر ، فان عاد الضوء لم تجب الدية ، وان انقضت المدة ولم يعد الضوء أخذ الجانى بموجب الجناية •

وان مات المجنى عليه قبل انقضاء تلك المدة لم يجب القصاص لأنه موضع شبهة • وهل تجب عليه الدية ؟ من أصحابنا من قال فيه قولان كما قلنا فى السن • ومنهم من قال : تجب الدية قولا واحدا ؛ لأن عود الضوء غير معهود ، وعود السن معهود •

فـــرع اذا جنى على عينيه فنقص ضوؤها نظرت ـ فان عرف

أنه نقص نصف ضوئهما ـ راجع ما أجملناه فى تبيينهما آنفا حول امتحان العين بمقاييس عصرنا ـ بأن نظره يساوى ٦ على ٦ فصار يساوى ٦ على ١٢ وجبت عليه نصف الدية ، وان لم يعرف قدر النقصان ، وانما ساء ادراكه وجبت عليه حكومة • وان نقص بصره فى احدى العينين وجبت عليه من دية تلك العين بقدر ما نقص من ضوئها ان أمكن معرفة ذلك •

قال الشافعى رضى الله عنه : والامكان أن نعصب عينه العليلة ونطلق الصحيحة ويقام له شخص على ربوة من الأرض ، ثم يقال له انظر اليه ثم يتباعد الشخص عنه الى أن يأتى الى غاية يقول لا أدرى الى أكثر منها ، ثم يعلم على ذلك الموضع ويغير عليه ثياب الشخص لأنه متهم ، فاذا غير عليه وأخبر به علمنا صحة ذلك ، ثم نطلق العين العليلة ونعصب الصحيحة ونوقف له الشخص على ربوة ثم لا يزال يبعد عنه الى الغاية التى يقول أبصره اليها ولا أبصره الى أكثر منها ، فنعلم على ذلك الموضع ويوقف له الشخص من جميع الجهات ، فان اخبر انه يبصره على أكثر من تلك الغاية أو أقل علمنا كذبه ، لأن النظر لا يختلف باختلاف الجهات فاذا اتفقت الجهات علمنا صدقه ، ثم ينظر كم الغاية الثانية من الأولى فيؤخذ بقدر ما نقص من الدية •

فـــرع وان جنى على عين صبى أو مجنون فقال الطبيب الشرعى : قد زال ضوؤها ولا يرجى عوده ، ففيه قولان • (أحدهما) يحكم على الجانى بموجب الجناية لأن الجناية قد وجدت فيتعلق بها موجبها • (والثانى) لا يحكم عليه بموجبها حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون ويدعى زوال الضوء لجواز أن الضوء لم يذهب ؛ وان جنى على عين رجل فشخصت ، أى لا يستطيع أن يطرف اذا ارتفعت أو احولت ولم يذهب من ضوئها شىء ، وجب عليه الحكومة لأنه أذهب جمالا من غير ذهاب منفعة•

وان قلع عينا قائمة ، وهى العين التى ذهب ضوؤها وبقيت حدقتها وجبت عليه الحكومة دون الدية ، لأنه أذهب جمالا من غير منفعة •

قوله « ويجب فى الجفون الدية الخ » قلت : أجفان العينين أربعة

واسمها الأشفار وفى جميعها الدية ؛ لأن فيها منفعة الجنس ؛ وفى كل واحد منها ربع الدية لأن كل ذى عدد تجب فى جميعه الدية تجب فى الواحد منها بحصته من الدية كاليدين والأصابع . وبهذا قال الحسن والشعبى وقتادة والثورى وأبو حنيفة وأصحابه وأحمد وأصحابه .

وقال مالك : لا يجب عليه الا الحكومة . لأنه لم يعلم تقديره عن النبى صلى الله عليه وسلم والتقدير لا يثبت بالقياس . دليلنا أن فيها جمالا ظاهرا ونفعا كاملا ؛ لأنها تكن العين وتحفظها ؛ وتدرأ عنها الرياح والعواصف ، والحر والبرد ، وهجوم الغبار والأجسام المتطايرة فى الهواء ؛ ولولاها لقبح منظر العينين ؛ فوجبت فيها الدية كاليدين ولا نسلم أن التقدير لا يثبت قياسا ، فاذا ثبت هذا فان فى أحدها ربع الدية . وحكى عن الشعبى أنه يجب فى الأعلى ثلثا دية العين ، وفى الأسفل ثلثها لأنه أكثر نفعا .

وان قطع الأجفان وعليها الأهداب ففيه وجهان :

(أحدهما) يجب عليه الدية كالأجفان والحكومة للأهداب ، كما لو قطع الأهداب والأجفان .

(والثانى) يجب عليه الدية لا غير ، كما لو قطع يدا وعليها شعر وأظفار ؛ وان قلع العينين والأجفان وجبت عليه ديتان ؛ كما لو قطع يديه ورجليه ، وان أزال الأهداب وحدها ففيه حكومة . وقال أبو حنيفة وأحمد : تجب فيها الدية وفى كل واحد منها ربعها ؛ ومثل ذلك الحاجبان، فان فيها حكومة ، وقال أبو حنيفة وأحمد : فيهما الدية .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ويجب فى الأذنين الدية وفى احدهما نصفها لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتــاب عمرو بن حزم « فى الأذن خمســون من الابل » فأوجب فى الأذن خمسين من الابل ، فدل على أنه يجب فى الأذنين مائة، ولأن فيها جمالا ظاهراً ومنفعة مقصودة ، وهو انها تجمع الصوت وتوصله الى الدماغ ، فوجب فيها الدية كالعين .

وان قطع بعضها من نصف او ربع او ثلث وجب فيه الدية بقسطه ، لأن ما وجبت الدية فيــه وجبت فى بعضــه بقسطه كالأصــابع • وان ضرب أذنه فاستحشفت ففيه قولان :

(أحدهما) تجب عليه الدية كما لو ضرب يده فشلت •

(والثانى) تجب عليه الحكومة ، لأن منفعة الأذن جمع الصوت ، وذلك لا يزول بالاستحشاف ، بخلاف اليــد فان منفعتهــا بالبطش وذلك يزول بالشلل ، وان قطع أذنا مستحشفة فان قلنا : انه اذا ضربهــا فاستحشفت وجبت عليه الدية ، وجب فى المستحشفة الحكومة ، كما لو قطع يداً شلاء ، وان قلنا : انه تجب عليه الحكومة وجب فى المستحشفة الدية ، كما لو قطــع يداً مجروحة ، فان قطع أذن الأصم وجبت عليه الدية ، لأن عدم الســمع نقص فى غير الأذن ، فلا يؤثر فى دية الأذن •

فصــــل ويجب فى السمع الدية ، لما روى أبو المهلب عن أبى قلابة « أن رجلا رمى رجلا بحجر فى رأســه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه ، فقضى فيه عمر رضى الله عنه بأربع ديات والرجل حى » ولأنها حاسة تختص بمنفعة فأشبهت حاسة البصر • وان أذهب السمع فى احد الأذنين وجب نصف الدية ، لأن كل شيئين وجبت الدية فيهما وجب نصفها فى أحدهما كالأذنين ، وان قطع الأذنين وذهب السمع وجب عليه ديتان ، لأن السمع فى غير الأذن فلا تدخل دية احدهما فى الآخر وان جنى عليه فزال السمع وأخذت منه الدية ثم عاد وجب رد الدية ، لأنه لم يذهب السمع ، لأنه لو ذهب لما عاد •

وان ذهب السمع فشــهد شاهدان من أهل الخبرة أنه يرجى عوده الى مدة ، فالحكم فيه كالحكم فى العين اذا ذهب ضوؤها فشهد شاهدان أنه يرجى عوده ، وقد بيناه .

وان نقص السمع وجب أرش ما نقص ، فان عرف القدر الذى نقص بان

كان يسمع الصوت من مسافة فصار لا يسمع الا من بعضها وجب فيه الدية بقسطه ، وان لم يعرف القدر بأن ثقلت اذنه وساء سمعه وجبت الحكومة ، وان نقص السمع فى احد الأذنين سدت العليلة وأطلقت الصحيحة ، ويؤمر رجل حتى يصيح من موضع يسمعه ثم لا يزال يبعد ويصيح الى ان يقول لا أسمع ، ثى تمسح المسافة ، ثم تطلق العليلة وتسد الصحيحر ، ثم يصيح الرجل ثم لا يزال يقرب ويصيح الى أن يسمعه وينظر ما بين المسافتين ، ويجب الدية بقسطه) .

الشرح خبر عمرو بن حزم مضى تخريجه فى أول الباب ، وأثر أبى المهلب عن أبى قلابة أخرجه أحمد بن حنبل فى رواية أبى الحرث وابنه عبد الله ، كما أخرجه ابن أبى شيبة عن خالد عن عوف : سمعت شيخا فى زمن الحاكم ، وهو ابن المهلب عم أبى قلابة : « رمى رجل رجلا بحجر فى رأسه فى زمن عمر فذهب سمعه وبصره وعقله وذكره فلم يقرب النساء ، فقضى عمر فيه بأربع ديات وهو حى » وقد دل الخبر على وجوب الدية فى كل واحد من الأربعة المذكورة وهو اجماع الصحابة لأنه لم يثبت له مخالف .

وقال الحافظ ابن حجر فى تلخيص الحبير : انه وجد فى حديث معاذ فى السمع الدية قال : وقد رواه البيهقى من طريق قتادة عن ابن المسيب عن على رضى الله عنه ، وقد زعم الرافعى أنه ثبت فى حديث معاذ أن فى البصر الدية . وقال الحافظ لم أجده ، وروى البيهقى من حديث معاذ فى العقل الدية وسنده ضعيف ، قال البيهقى : وروينا عن عمر وعن زيد بن ثابت مثله ؛ وقد زعم الرافعى أن ذلك فى حديث عمرو بن حزم وهو غلط .

وأخرج البيهقى عن زيد بن أسلم بلفظ : مضت السنة فى أشياء من الانسان الى أن قال : وفى اللسان الدية وفى الصوت اذا انقطع الدية » .

قال الشوكانى : والحاصل أنه قد ورد النص بايجاب الدية فى بعض الحواس الخمس الظاهرة كما عرفت ؛ ويقاس ما لم يرد فيه نص منها على ما ورد فيه .

قلت : روى ذلك عن عمر وعلى ، وبه قال عطاء ومجاهد والحسن وقتادة والثورى والأوزاعى وأحمد وأصحاب الرأى ومالك فى احدى الروايتين عنه وقال فى الأخرى : فيهما حكومة لأن الشرع لم يرد فى ذلك بتقدير ولا يثبت التقدير بالقياس ؛ وحكاه أصحابنا الخراسانيون قولا آخر للشافعى ، قال العمرانى : وليس بمشهور ، وروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال « فى الأذنين خمسة عشر من الابل » قال ابن المنذر : لم يثبت ذلك عنه ، قاله ابن قدامة .

دليلنا كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن عن عمرو بن حزم وفيه « وفى الأذن خمسون من الابل » فدل على أنه يجب فيهما مائة .

فرع وان قطع بعض الأذن وجب عليه من ديتها بقدر ما قطع منها لأنه يمكن تقسيط الدية عليها ، وان جنى على أذنه فاستحشفت ــ أى يبست وانقبضت وصارت كهيئة الجلد اذا ترك على النار ــ ففيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه ديتها كما لو جنى على يده فشلت .

(والثانى) لا يجب عليه الا الحكومة ؛ لأن منفعتها باقية مع استحشافها ، وانما نقص جمالها ، وان قطع أذنا مستحشفة ، فاختلف أصحابنا فيه فمنهم من قال : انه اذا جنى عليها فاستحشفت وجب عليه الدية وجب هاهنا على قاطع المستحشفة الحكومة كما لو قطع يدا شلاء .

وان قلنا هناك : لا يجب عليه الا الحكومة وجب ها هنا على قاطعها ديتها ؛ وقال الشيخ أبو حامد هذا تخليط لا يحكى ، بل يجب عليه الحكومة قولا واحدا كما قلنا فيمن قلع عينا قائمة أو قطع يدا شلاء .

وان قطع أذن الأصم وجب عليه ديتها ؛ لأن ذهاب السمع لعله فى الرأس لا فى الأذن .

قوله « ويجب فى السمع الدية » فجملة ذلك أنه اذا أذهب سمعه من

أحد الأذنين وجب عليه نصف الدية ، كما لو أذهب البصر من احدى العينين ، فان أذهب سمعه فأخذت منه الدية ثم عاد السمع وجب رد الدية لأنا علمنا أنه لم يذهب •

فرع وان جنى عليه جناية فادعى أنه ذهب بها سمعه أو بصره أو شمه أخذنا رأى اثنين من أهل الخبرة من المسلمين ، فان قالا : مثل هذه الجناية لا يذهب بها السمع والبصر والشم فلا شيء على الجاني ؛ لأنا علمنا كذب المدعى ، وان قالا مثلها يذهب بها السمع أو البصر أو الشم — فان كان في البصر — رجع الى قولهما أو الى اثنين من أهل الخبرة ، فان قالا : قد ذهب البصر ولا يعود حكمنا على الجاني بموجب الجناية ، وان كان في السمع والشم لم يرجع الى قولهما في ذهابه ، لأنه لا طريق لهما الى المعرفة بذهابه بخلاف البصر ، فاذا ادعى المجني عليه ذهاب السمع أو الشم — فان قال اثنان من أهل الخبرة من المسلمين لا يرجى عوده — حكم على الجاني بموجب الجناية ، وان قالا يرجى عوده الى مدة ، وكما لو قالا : يرجى عود البصر ؛ وقد مضى بيانه ، فان كانت الجناية عمدا لم يقبل فيه الا قول رجلين • وان كانت خطأ قبل فيه قول رجل وامرأتين ، كما قلنا في الشهادة بذلك •

فرع وان جنى عليه جناية فنقص سمعه بها — فان عرف قدر نقصانه — وجب فيه من الدية بقدره ، وان لم يعرف قدر نقصانه وانما ثقل وجبت فيه الحكومة ، وان ادعى نقصان السمع من أحد الأذنين سدت الأذن العليلة وأطلقت الصحيحة ؛ وأمر من يخاطبه وهو يتباعد منه الى أن يبلغ غاية يقول : لا أسمعه الى أكثر منها ويعلم عليها ويمتحن بذلك من جميع الجهات لأنه متهم ؛ فاذا اتفقت الجهات أطلقت العليلة وسدت الصحيحة وخاطبه كمخاطبته الأولة وهو يتباعد منه الى أن يقول لا أسمعه الى أكثر منها ، ويمتحن بمخاطبته أيضا في ذلك من جميع الجهات ، فاذا اتفقت علم على ذلك الموضع وينظر كم قدر ذلك من المسافة الأولة ، ويجب له من دية الأذن بقدر ما نقص من المسافة التي يسمع منها في العليلة ، وان قطع أذنيه فذهب سمعه منها وجب عليه ديتان ؛ كما لو قطع يديه ورجليه•

فـــرع قال الثعالبى : يقال بأذنه وقر فاذا زاد فهو صمم ، فاذا زاد فهو طرش فاذا زاد حتى لا يسمع الرعد فهو صلخ .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجب فى مارن الأنف الدية ، لما روى طاوس قال « كان فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الانف اذا أوعب مارنه جدعاً الدية » ولأنه عضو فيه جمال ظاهر ومنفعة كاملة ، ولأنه يجمع الشم ويمنع من وصول التراب الى الدماغ ، والأخشم كالاشم فى وجوب الدية ، لأن عدم الشم نقص فى غير الأنف فلا يؤثر فى دية الانف ، ويخالف العين القائمة ، فان عدم البصر نقص فى العين ، فمنع من وجوب الدية فى العين .

وان قطع جزءاً من المارن كالنصف والثلث وجب فيه من الدية بقدره ، لأن ما ضمن بالدية يضمن بعضه بقدره من الدية كالأصابع ، وان قطع أحد المنخرين ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو المنصوص أن عليه نصف الدية ، لأنه أذهب نصف الجمال ونصف المنفعة (والثانى) يجب عليه ثلث الدية ، لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشياء ، المنخرين والحاجز ، فوجب فى كل واحد من المنخرين ثلث الدية ، وان قطع احد المنخرين والحاجز وجب عليه على الوجه الأول نصف الدية للحاجز ، وعلى الوجه الثانى يجب عليه ثلثا الدية ، ثلث للحاجز وثلث للمنخر ، وان شق الحاجز وجب عليه حكومة ، وان قطع المارن وقصبة الأنف وجب عليه الدية فى المارن والحكومة فى القصبة ، لأن القصبة تابعة فوجب فيها الحكومة كالذراع مع الكف ، وان جنى على المارن فاستحشف ففيه قولان كالقولين فيمن جنى على الأذن حتى استحشف .

(أحدهما) تجب عليه الدية (والثانى) تجب عليه الحكومة ، وقد مضى وجههما فى الأذن .

فصـــل وتجب باتلاف الشم الدية ، لأنها حاسة تختص بمنفعة مقصودة فوجب باتلافها الدية كالسمع والبصر ، وان ذهب الشم من احد المنخرين وجب فيه نصف الدية ، كما تجب فى اذهاب البصر من احد العينين ، والسمع من احد الاذنين ، وان جنى عليه فنقص الشم وجب عليه أرش ما نقص ، وان امكن أن يعرف قدر ما نقص وجب فيه من الدية بقدره ، وان لم يمكن معرفة قدره وجبت فيه الحكومة لما بيناه فى نقصان السمع ، وان ذهب الشم

واخذت فيه الدية ثم عاد وجب رد الدية ، لأنا تبينا انه لم يذهب ، وانما حال دونه حائل ، لأنه لو ذهب لم يعد) .

الشرح تخريج خبر كتاب النبى صلى الله عليه وسلم مضى فى أول البـاب .

اما اللغات فقـوله « اذا أوعب مارنه جـدعا » أوعب واسـتوعب استؤصل واستقصى والمارن الغضـاريف اللينة من الأنف والجدع قطـع الأنف ، وقد يقال لقطع الأذن كما أفاده ابن بطال ، ومن فقه اللغة أن يقال سمل عينه وصمل أذنه وجدع أنفه .

أما الأحكام فانه يجب فى الأنف الدية (ارجع الى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن فى أول الباب لعمرو بن حزم وفيـه « وأن فى الأنف اذا أوعب جدعه الدية ») وأوعب بضم الهمز على البناء المجهول أى قطع جميعـه . وقد استدل بهـذا من قال بأن الدية تجب فى قطع الأنف جميعه ، لأن الأنف مركبة من قصبة ومارن وأرنبة وروثة ، فالدية تجب اذا استؤصلت من أصل القصبة اجماعا وعند الهادوية فى كل واحدة من الأربع حكومة .

قال الشوكانى . وقال الناصر والفقهاء : بل فى المارن الدية وفى بعضه حصته . قلت ويجاب عنه بما أخرجه الشافعى عن طاوس وأورده المصنف هنا أنه قال عندنا فى كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم « وفى الأنف اذا قطع مارنه مائة من الابل » .

وأخرج البيهقى من حديث عمـرو بن شعيب عن أبيـه عن جده قال « قضى النبى صلى الله عليه وسلم اذا جدعت ثندرة الأنف بنصف العقـل خمسون من الابل وعدلها من الذهب والورق » .

قال ابن الأثير ، أراد بالثندوة هنـا روثة الأنف وهى طرفه ومقدمه . وفى البيان العمرانى « والذى تجب به الدية من الأنف المارن ، وهو مالان

منها دون القصبة اهـ » ولأن المنفعة والجمال فيه فوجبت فيه الدية بقسط ما قطع منه ، وان قطع أحد المنخرين ففيه وجهان :

(أحدهما) يجب عليه نصف الدية لأنه أذهب نصف الجمال ونصف المنفعة (والثانى) لا يجب عليه الا ثلث الدية ، لأن المارن يشتمل على المنخرين والحاجز بينهما ، والأول هو المنصوص ، فان قطع الحاجز بين المنخرين وجب عليه على الوجه الأول حكومة وعلى الثانى ثلث الدية ، وان قطع أحد المنخرين والحاجز بينهما وجب عليه على الأول نصف الدية وحكومة . وعلى الثانى ثلثا الدية ، وان قطع المارن وقصبة الأنف وجبت عليه دية فى المارن وحكومة فى القصبة . كما لو قطع يده من المرفق ، وان قطع المارن والجلدة التى تحته الى الشفة وجبت عليه دية فى المارن وحكومة للجلدة التى تحته ، وان أبان مارنه فأخذه المجنى عليه فألصقه فالتصقت خلاياه والتحمت أنسجته كان للمجنى عليه أن يقتص مارنه حتى يجعله معلقا كمارن المجنى عليه . وان عفا عن القصاص لم تجب له الدية . وانما تجب له الحكومة لأنها جناية لم تذهب بها منفعة ، وانما نقص بها جمال ، وان جنى على أنفه فاستحشفت فهل تجب عليه الدية ؟ قولان كما قلنا فى الأذن اذا استحشفت بالجناية ، فان قطع أنفا مستحشفا ففيه طريقان . كما قلنا فيمن قطع أذنا مستحشفة وان قطع أنف أخشم وجبت عليه الدية ، لعموم الخبر ، ولأن ذهاب الشم لمعنى فى غير الأنف .

قوله « وتجب باتلاف الشم الدية » وهذا صحيح لما رواه عمرو بن حزم فى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم فى بعض طرقه وفيها « وفى الشم الدية » كما قلنا فيه اذا أذهب البصر من احدى العينين ، وان نقص شمه من المنخرين أو من أحدهما فهو كما قلنا فيمن نقص سمعه من الأذنين أو من أحدهما ، وان لم يعرف قدر نقصه وجبت فيه الحكومة . وان قطع مارنه فذهب شمه وجبت عليه ديتان ، لأن الدية تجب فى كل واحد منهما اذا انفرد ، فوجبت فى كل واحد منهما الدية ان اجتمعا كما لو قطع يديه ورجليه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان جنى على رجل جناية لا ارش لها بأن لطمه أو لكمه أو ضرب راسه بحجر فزال عقله وجب عليه الدية ، لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم ((وفى العقل الدية)) ولأن العقل أشرف من الحواس لأن به يتميز الانسان من البهيمة ، وبه يعرف حقائق المعلومات ، ويدخل فى التكليف ، فكان بايجاب الدية أحق .

وان نقص عقـله فان كان يعرف قدر ما نقص بأن يجن يوماً ويفيق يوماً وجب عليه من الدية بقدره ، لأن ما وجبت فيه الدية وجب بعضها فى بعضه ، كالأصابع ، وان لم يعرف قدره بأن صار اذا سمع صيحة زال عقله ثم يعود ، وجبت فيه الحكومة لأنه تعذر ايجاب جزء مقدر من الدية ، فعدل الى الحكومة فان كانت الجناية لها أرش مقدر نظرت ، فان بلغ الأرش قدر الدية أو اكثر لم يدخل فى دية العقل ، ولم تدخل فيه دية العقل لما روى أبو المهلب عم أبى قلابة أن رجلا رمى رجلا بحجـر فى رأســه فذهب عقله وســمعه ولســانه ونكاحه ، فقضى فيه عمر رضى الله عنه بأربع ديات وهو حى)) .

وان كان الأرش دون الدية كأرش الموضحة ونحوه ففيه قولان . قال فى القـديم : يدخل فى دية العقـل لأنه معنى يزول التكليف بزواله فدخل أرش الطرف فى ديته كالنفس .

وقال فى الجديد : لا يدخل وهو الصحيح ، لأنه لو دخل فى ديتــه ما دون الدية لدخلت فيها الدية كالنفس ، ولأن العقل فى محل والجناية فى محل آخر ، فلا يدخل أرشها فى ديتها ، كما لو أوضح رأسه فذهب بصره ، وان شهر سيفاً على صبى أو بالغ مضعوف أو صاح عليه صيحة عظيمـة فزال عقله وجبت عليه الدية ، لأن ذلك سبب لزوال عقله ، وان شهر سيفاً على بالغ متيقظ أو صاح عليه فزال عقله لم تجب عليه الدية ، لأن ذلك ليس بسبب لزوال عقله .

فصـــل ويجب فى الشفتين الدية لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم ((فى الشفتين الدية)) ولأن فيهما جمالا ظاهراً ومنافع كثيرة ، لانهما يقيان الفم من كل ما يؤذيه ، ويردان الريق وينفخ بهما ، ويتم بهما الكلام ويجب فى احداهما نصف الدية لان كل شيئين وجب فيهما الدية وجب فى احدهما نصف الدية كالعينين ، والاذنين . وان قطع بعضهما وجب فيه من الدية بقدره كما قلنا فى الأذن والمارن . وان جنى عليهما فيبستا وجبت عليه الدية ، لانه اتلف منافعهما فوجبت عليه الدية ، كما لو جنى على يديه فشـلتا ، فان تقلصـتا وجبت عليه الحكومة لأن منافعهما لم تبطل ، وانما حدث بهما نقص) .

الشرح ما ذكره المصنف من اشتمال كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم على أن « فى العقل الدية » لم أجده فى طريق من طرقه ، وانما الذى ثبت أثر عمر رضى الله عنه أنه قضى فى رجل ضرب رجلا فذهب سمعه وبصره ونكاحه وعقله بأربع ديات . وما روى من ذلك مرفوعا كرواية البيهقى عن معاذ « فى العقل الدية » فسنده ضعيف . قال البيهقى : وروينا عن عمر وزيد بن ثابت مثله .

قال الشوكانى فى نيل الأوطار : وقد زعم الرافعى أن ذلك فى حديث عمرو بن حزم وهو غلط . اهـ .

وقد أخرج البيهقى عن زيد بن أسلم بلفظ « مضت السنة فى أشياء من الانسان الى أن قال : وفى الصوت اذا انقطع الدية » فاذا وجبت الدية فى ذهاب الصوت فلأن تجب فى ذهاب العقل أولى .

فاذا ثبت أنه حكم عمر وقول زيد بن ثابت ومعاذ بن جبل ولا مخالف لهم فى الصحابة كان اجماعا ؛ ولأن التكليف يزول بزوال العقل كما يزول بخروج الروح ، فلما وجبت الدية بخروج الروح وجبت بزوال العقل . فان ذهب بعض عقله وعرف قدر الذاهب بأن صار يجن يوما ويفيق يوما وجبت فيه نصف الدية ، وان لم يعرف قدر الذاهب بأن صار يفزع مما يفزع منه العقلاء وجبت فيه الحكومة .

اذا ثبت هذا فان كانت الجناية التى ذهب بها العقل مما لا أرش لها بأن لطمه أو لكمه أو ضربه بحجر أو غيره ولم يجرحه ، وجبت دية العقل ، على ما مضى ، وان كان لها أرش ففيه قولان . قال فى القديم : يدخل الأقل منهما فى الأكثر ، مثل أن أوضحه فذهب عقله ، فان أرش الموضحة يدخل فى دية العقل ، وان قطع يديه من المرفقين دخلت دية العقل فى دية اليدين والحكومة فيهما ، وبه قال أبو حنيفة ؛ لأن العقل معنى يزول التكليف بزواله فدخل فى ديته أرش الطرف كالروح . وقال فى الجديد : لا يدخل أحدهما فى الآخر وهو الأصح ؛ لأنه جناية أذهبت منفعة حالة فى غير محل الجناية مع بقاء

النفس فلم يتداخل الأرش ، كما لو أوضحه وذهب بصره . هكذا ذكره العمرانى عن الشيخ أبى حامد .

وذكر الشيخ أبو اسحاق هنا : ان كانت الجناية وجبت بها دية كاملة لم تدخل احدى الديتين فى الأخرى قولا واحدا ، لما تقدم من حكم عمر رضى الله عنه .

قوله « ويجب فى الشفتين الدية » هذا ثابت فيما سقناه فى أول الباب من كتاب عمرو بن حزم وفيه « وفى الشفتين الدية » والى هذا ذهب جمهور أهل العلم . قال فى البحر : وحدهما من تحت المنخرين الى منتهى الشدقين فى عرض الوجه ، ولا فضل لاحداهما على الأخرى عند أبى حنيفة والشافعى والناصر والهادوية . وذهب زيد بن ثابت الى أن العليا ديتها ثلث والسفلى ثلثان . ويرد عليه قوله صلى الله عليه وسلم : « وفى الشفتين الدية » ولم يفرق ، وقد أخذ الشوكانى من زيادة منفعة السفلى على العليا القول بالتفرقة ولا دليل عليه ، قال الشافعى رضى الله عنه : ما زال عن جلد الذقن من الخدين من أعلا وأسفل من الشفتين » ولا فرق بين أن يكونا غليظتين أو رقيقتين أو ناميتين أو صغيرتين ، وبه قال أبو بكر وعلى وابن مسعود . فان قطع بعض الشفة وجب فيه من الدية بقدره . وان جنى عليهما فشلتا بأن صارتا مسترخيتين لا ينقبضان أو تقلصتا بحيث لا يبسطان، ولا تنطبق احداهما على الأخرى وجبت الدية فيهما ، كما لو جنى على يديه فشلتا .

قال الشافعى : وان جنى على شفته حتى صارت بحيث اذا مدها امتدت وان تركها تقلصت ففيها حكومة لأنها اذا انبسطت وامتدت اذا مدت فلا شلل فيها ؛ بل فيها روح فلم تصر شلاء ؛ وانما فيها نقص فوجبت فيها الحكومة . وان شق شفتيه فعليه الحكومة سواء التأم الشق أو لم يلتئم ، لأن ذلك جرح ، والجروح تجب فيها الحكومة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجب فى اللسان الدية لما روى ان النبى صلى الله عليه وسلم كتب فى كتاب عمرو بن حزم « وفى اللسان الدية » ولأن فيه جمالا ظاهرا ومنافع ، فاما الجمال فانه من احسن ما يتجمل به الانسان ، والدليل عليه ما روى محمد بن على بن الحسين « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للعباس اعجبنى جمالك يا عم النبى فقال يا رسول الله : وما الجمال فى الرجل ؟ قال اللسان » ويقال المرء بأصغريه قلبه ولسانه ، ويقال ما الانسان لولا اللسان الا صورة ممثلة ، أو بهيمة مهملة ، واما المنافع فانه يبلغ به الأغراض ويقضى به الحاجات ، وبه تتم العبادات فى القراءة والأذكار ، وبه يعرف ذوق الطعام والشراب ويستعين به فى مضغ الطعام ، وان جنى عليه فخرس عليه الدية لأنه اتلف عليه المنفعة المقصودة فاشبه اذا جنى على اليد فشلت ، وعلى العين فعميت .

وان ذهب بعض الكلام وجب من الدية بقدره ، لأن ما ضمن جميعه بالدية ضمن بعضها ببعضها كالأصابع ، ويقسم على حروف كلامه ، لأن حروف اللغات مختلفة الأعداد ، فان فى بعض اللغات ما عدد حروف كلامها احد وعشرون حرفا منها ما عدد حروفها ستة وعشرون ، وحروف لغة العرب ثمانية وعشرون حرفا فان كان المجنى عليه يتكلم بالعربية قسمت ديته على ثمانية وعشرون حرفا . وقال ابو سعيد الاصطخرى : يقسم على حروف اللسان وهى ثمانية عشر حرفا ويسقط حروف الحلق وهى ستة ، الهمزة والهاء والحاء والعين والغين ، ويسقط حروف الشفة وهى اربعة الباء والميم والفاء والواو ، والمذهب الأول ، لأن هذه الحروف وان كان مخرجها الحلق والشفة الا ان الذى ينطق بها هو اللسان ، ولهذا لا ينطق بها الأخرس .

وان ذهب حرف من كلامه وعجز به عن كلمة وجب عليه ارش الحرف لأن الضمان يجب لما تلف ، وان جنى على لسانه فصار الثغ وجب عليه دية الحرف الذى ذهب ، لأن ما ابتدل به لا يقوم مقام الذاهب ، وان جنى عليه فحصل فى لسانه ثقل لم يكن او عجلة لم تكن أو تمتمة لم تجب عليه دية ، لأن المنفعة باقية ، وتجب عليه حكومة لما حصل من النقص والشين .

فصـــل وان قطع ربع لسانه فذهب ربع كلامه ، وجب عليه ربع الدية ، وان قطع نصف لسانه وذهب نصف كلامه ، وجب عليه نصف الدية ، لأن الذى فات من العضو والكلام سواء فى القدر ، فاجب من الدية بقدر ذلك ، فان قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام وجب عليه نصف الدية ، وان قطع

نصف اللسان وذهب ربع الكلام وجب عليه نصف الدية ، واختلف أصحابنا في علته ، فمنهم من قال العلة فيه أن ما يتلف من اللسان مضمون ، وما يذهب من الكلام مضمون ، وقد اجتمعا فوجب أكثرهما .

وقال أبو اسحاق : الاعتبار باللسان الا أنه اذا قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام دل ذهاب نصف الكلام على شلل ربع آخر من اللسان فوجب عليه نصف الدية ، ربعها بالقطع وربعها بالشلل ، فان قطع ربع اللسان وذهب نصف الكلام وقطع آخر ما بقي من اللسان وجب عليه على التعليل الأول ثلاثة أرباع الدية ، اعتباراً بما بقي من اللسان ، ويجب عليه على تعليل أبي اسحاق نصف الدية وحكومة لأنه قطع من اللسان نصفاً صحيحاً وربعاً اشل ، وان قطع واحد نصف لسانه وذهب ربع الكلام ، وجاء الثاني وقطع الباقي وجب عليه على تعليل الأول ثلاثة أرباع الدية اعتباراً بما ذهب من الكلام ، ويجب عليه على تعليل أبي اسحاق نصف الدية اعتباراً بما قطع من اللسان ، وان قطع نصف لسانه فذهب نصف كلامه فاقتص منه فذهب نصف كلامه ، فقد استوفى المجني عليه حقه ، وان ذهب ربع كلامه اخذ المجني عليه مع القصاص ربع الدية لتمام حقه ، فان ذهب بالقصاص ثلاثة أرباع كلامه لم يضمن الزيادة ، لأنه ذهب بقود مستحق) .

الشرح حديث العباس أخرجه الحاكم في المستدرك[1] حدثني محمد بن صالح بن هانيء حدثنا الحسين بن الفضل قال حدثنا موسى بن داود الضبي حدثنا الحاكم ابن المنذر عن محمد بن بشر الخثعمي عن أبي جعفر محمد بن علي بن الحسين عن أبيه قال : « أقبل العباس بن عبد المطلب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه حلة وله ضفيرتان وهو أبيض ، فلما رآه النبي صلى الله عليه وسلم تبسم ، فقال العباس يا رسول الله ما أضحكك ؟ أضحك الله سنك ، فقال أعجبني جمال عم النبي ، فقال العباس ما الجمال في الرجال ؟ قال اللسان » وقال الذهبي في تعليقه على المستدرك « مرسل » .

وأما قوله « المرء بأصغريه قلبه ولسانه » فان المعروف أن وفدا قدم لبيعة أمير المؤمنين عمر بن عبد العزيز على رأسه صبي ، فأمره عمر أن

---

(١) جـ ٣ ص ٣٣٠ طبعة الهند .

يتأخر ليتقدم من هو أسن ، فقال : يا أمير المؤمنين المرء بأصغريه قلبه ولسانه ، وما دام فى المرء لسان لافظ وقلب حافظ فقد استحق الكلام ، ولو كان الأمر بالسن لكان في مجلسك هذا من هو أحق منك بالخلافة ، فأعجب به عمر .

أما الأحكام فان فى اللسان الدية ؛ فان قطع لسانه كله فالدية ؛ وان قطع منه ما أبطل كلامه فالدية أيضا ؛ وان عجز عن نطق بعض الحروف فماذا يعتبر ؟ فيه وجهان . قال عامة أصحابنا : يعتبر بجميع حروف المعجم وهى ثمانية وعشرون حرفا للعربى ولا اعتبار بلا لأنها مكررة وهى لام وألف ؛ فان تعذر عليه النطق بحرف منها وجب عليه جزء من ثمانية وعشرين جزءا من الدية ، وعلى هذا قال أبو سعيد الاصطخرى : تعتبر بحروف اللسان وهى ثمانية عشر حرفا لا غير ، ولا نعتبر حروف الحلق وهى ستة ، وهى من أول الحلق الألف والهاء ومن أوسطه العين والحاء ومن آخره الغين والخاء ، ولا نعتبر حروف الشفة وهى أربعة الباء والميم والفاء والواو ؛ لأن الجناية على اللسان فاعتبرت حروفه دون غيره ، والمنصوص هو الأول ؛ لأن هذه الحروف وان كانت مخارجها فى الحلق الشفة الا أنه لا ينطق بها الا باللسان .

اذا ثبت هذا فان لم يذهب من كلامه الا حرف واحد لكنه تعطل بذهابه جميع الاسم الذى فيه ذلك الحرف ، مثل أن تتعذر الميم لا غير فصار لا ينطق بمحمد لم يجب عليه الا خاصة الميم من الدية ؛ لأن الجانى انما يضمن ما أتلفه ؛ فأما ما لم يتلفه بفعله وكان سليما الا أن منفعته تعطلت لتعطل التالف فلا يضمنه كما لو قصم ظهره فلم تشل رجلاه الا أنه لا يمكنه المشى بهما لقصر ظهره ، فلا يلزمه الا دية قصم الظهر . فكذلك هذا مثله .

وان جنى عليه فذهب من كلامه حرف الا أنه استبدل به حرفا غيره بأن ذهب منه الراء وصار ينطق بالراء لاما فى موضعه وجبت عليه دية الراء ؛ لأن ما استبدل به لا يقوم مقامه .

فان جنى عليه آخر فأذهب هذا الحرف الذى استبدله بالراء ، وجب عليه دية هذا الحرف لا لأجل أنه أتلف عليه حرفا لأنه قام مقام الأول ، ولكن لأجل أن هذا الحرف اذا أتلف فى هذا الموضع تلف فى موضعه الذى هو أصله ، وان لم يذهب بجناية حرف وانما كان لثغ فزاد لثغته بالجناية ؛ أو كان خفيف اللسان سهل الكلام فثقل كلامه أو حصلت بكلامه عجلة أو تمتمة ، وجب على الجانى حكومة لأنه أذهب كمالا من غير منفعة .

قوله « وان قطع ربع لسانه الخ » فجملة ذلك أنه اذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه تظرت ـ فان استويا بأن قطع ربع لسانه وذهب ربع كلامه ـ وجب عليه ربع الدية . وان قطع نصف لسانه فذهب نصف كلامه وجب عليه نصف الدية ؛ لأن الذى فات منهما سواء ، فان اختلف اعتبرت الدية بالأكثر مثل أن يقطع ربع اللسان فيذهب نصف الكلام ؛ فيجب عليه نصف الدية ، أو يقطع نصف اللسان فيذهب ربع الكلام فيجب عليه نصف الدية بلا خلاف من أصحابنا فى الحكم ، وانما اختلفوا فى علته ، فمنهم من قال لأن منفعة اللسان وهو الكلام مضمونة بالدية ؛ واللسان مضمون بالدية ، فاذا اجتمعا اعتبر أكثر الأمرين منهما ، كما لو جنى على يده فشلت ففيها جميع دية اليد ؛ ولو قطع خنصره وبنصره وجب فيهما خمسا دية اليد ؛ وان كان منفعتهما أقل من منفعة خمس اليد ولكن اعتبارا بأكثر الأمرين من منفعة اليد وعضوها .

وقال أبو اسحاق المروزى : الاعتبار باللسان لأنها هى المباشرة بالجناية ، الا أنه اذا قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه فانما وجب عليه نصف الدية لأنه دل ذهاب نصف كلامه على شلل ربع آخر غير المقطوع .

اذا ثبت هذا فقطع رجل ربع لسان رجل فذهب نصف كلامه ، فقد ذكرنا أنه يجب عليه نصف الدية ، فان جاء آخر فقطع الثلاثة الأرباع الباقية من لسانه فانه يجب عليه على التعليل الأول ثلاثة أرباع الدية اعتبارا بما بقى من اللسان وعلى تعليل أبى اسحاق يجب عليه نصف الدية وحكومة ، ولأنه قطع نصف لسان صحيحا وربعا أشل .

وان قطع رجل نصف لسان رجل فذهب كلامه ــ وقلنا : له أن يقتص منه فى نصف اللسان فاقتص منه فذهب نصف كلام الجانى ــ فقد استوفى المجنى عليه حقــه . فان ذهب ربع كلام الجــانى وجب للمجنى عليه ربع الدية ، وان ذهب ثلاثة أرباع كلام الجانى لم يجب على المقتص شيء لأن التالف بالقود غير مضمون عندنا .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــــل وان كان لرجل لسان له طرفان فقطع رجل احد الطرفين فذهب كلامه وجبت عليه الدية ، وان ذهب نصفه وجب عليه نصف الدية ، وأن ذهب ربعه وجب عليه ربع الدية ، وان لم يذهب من الكلام شيء نظرت ، فان كانا متساويين فى الخلقة ، فهما كاللسان المشقوق ، ويجب بقطعهما الدية وبقطع احدهما نصف الدية .

وان كان أحدهما تام الخلقة والآخر ناقص الخلقــة فالتام هو اللســان الأصلى والآخر خلقة زائدة ، فان قطعهما قاطع وجب عليه دية وحكومة . وان قطع التام وجبت عليه دية ، وان قطع الناقص وجبت عليه حكومة .

فصــــل وان جنى على لســـانه فذهب ذوقه فلا يحس بشيء من المذاق ، وهى خمسة : الحلاوة والمرارة والحموضة والملوحة والعذوبة وجبت عليه الدية ، لأنه اتلف عليه حاسة لمنفعة مقصودة فوجبت عليه الدية ، كما لو آتلف عليه السمع او البصر ، وأن نقص بعض الذوق نظرت ــ فأن كان النقصان لا يتقدر ، بان كان يحس بالمذاق الخمس الا أنه لا يدركها على كمالها ــ وجبت عليه الحكومة لأنه نقص لا يمكن تقدير الأرش فيه ، فوجبت فيه حكومة ، وان كان نقصاً يتقدر بان لا يدرك احد المذاق الخمس ويدرك الباقى ، وجب عليه خمس الدية ، وان لم يدرك اثنين وجب عليه خمســان ، لأنه يتقــدر المتلف فيقدر الأرش .

فصــــل وان قطع لسان اخرس ــ فان كان بقى بعد القطع ذوقه ــ وجبت عليه الحكومة ، لأنه عضو بطلت منفعته فضمن بالحكومة كالعين القائمة واليد الشلاء ، وان ذهب ذوقه بالقطع وجبت عليه دية كاملة لاتلاف حاســة الذوق ، وان قطع لسان طفل ــ فان كان قد تحرك بالبكاء او بما يعبر عنــه اللسان كقوله بابا وماما ــ وجبت عليه الدية ، لانه لسان ناطق . وان لم يكن تحرك بالبكاء ولا بما يعبر عنه اللسان ــ فان كان بلغ حدا يتحرك اللسان فيه

بالبكاء والكلام ــ وجبت الحكومة ، لأن الظاهر انه لم يكن ناطقا ، لأنه لو كان ناطقا لتحرك بما يدل عليه . وان قطعه قبل أن يمضى عليه زمان يتحرك فيـه اللسان وجبت عليه الدية لأن الظاهر السلامة فضمن كما تضمن أطرافه ، وان لم يظهر فيها بطش .

فصـــل وان قطع لسان رجل فقضى عليه بالدية ثم نبت لسـانه . فقد قال فيمن له سن من ثغر ثم نبت سنه أنه على قولين .

(أحدهما) يرد الدية (والثانى) لا يرد . فمن أصحابنا من جعل اللسان أيضا على قولين : وهو قول أبى اسحاق لأنه اذا كان فى السن التى لا تنبت فى العادة اذا نبتت قولان : وجب أن يكون فى اللسان أيضا قولان .

ومنهم من قال لا يرد الدية فى اللسان قولا واحدا . وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، والفرق بينه وبين السن أن فى جنس السن ما يعود ، وليس فى جنس اللسان ما يعود ، فوجب أن يكون ما عاد هبـة مجددة فلم يسقط به بدل ما اتلف عليه . وان جنى على لسانه فذهب كلامه وقضى عليه بالدية ثم عاد الكلام وجب رد الدية قولا واحدا ، لأن الكلام اذا ذهب لم يعد ، فلما عاد علمنا أنه لم يذهب وانما امتنع لعارض) .

الشرح تتلخص أحكام هذين الفصلين فى أنه ان كان لرجل لسان له طرفان فقطع قاطع أحدهما نظرت ــ فان أذهب كلامه ــ وجبت عليـه الدية ، وان ذهب بعض كلامه ــ فان كان الطرفان متساويين ــ فان كان ما قطعه بقدر ما نقص من الكلام ــ وجب فيه من الدية بقدره ، وان كان اعتبر الأكبر على ما مضى فى التى قبلها ، وان لم يذهب من الكلام شىء وجب بقـدر ما قطع من اللسـان من الدية وان قطعهما قاطع وجب عليه الدية ، وان كان أحدهمـا منحرفا عن سمت فهى خلقة زائدة يجب فيهـا الحكومة وفى الآخر الدية .

فـــرع قال الشافعى رضى الله عنه : وفى لسان الأخرس حكومة، وقال النخعى : تجب فيه الدية . دليلنا أن لسان الأخرس قد ذهبت منفعته فلم يجب فيه الدية كاليد الشلاء .

وان قطع لسان طفل ــ فان كان قد تكلم ولو بكلمة واحدة ، أو قال بابا أو ماما ، أو تكلم فى بكائه بالحروف وجبت عليه الدية لأنا قد علمنـــا أنه لسان ناطق ، وان كان فى حد لا يتكلم مثله بحرف ، مثل أن يكون ابن شهر وما أشبهه ولم يتكلم فقطع قاطع لسانه وجبت فيه الدية •

وقال أبو حنيفة : لا دية فيه لأنه لســـان لا كلام فيـــه فهو كلسان الأخرس • دليلنا أن ظاهره السلامة وانما لم يتكلم لطفوليته فوجبت فيه الدية كما تجب الدية بأعضـــائه ؛ وان لم يظهر بها بطش ، وان بلغ حدا يتكلم فيه مثله فلم يتكلم فقطع قاطع لسانه لم يجب عليه الدية ، وانمــا يجب فيه الحكومة . لأن الظاهر من حاله أنه أخرس •

فـــرع وان جنى عليه فذهب ذوقه ــ قال الشيخ أبو حامد فلا نص فيه للشافعى رحمه الله ولكن يجب فيـــه الدية ؛ لأنه الحواس التى تختص بمنفعة ؛ فهو كحاسة السمع والبصر • وقال القاضى أبو الطيب : قد نص الشافعى رحمه الله على ايجاب الدية فيه •

قال ابن الصباغ : قلت انا قد نص الشافعى على أن لسان الأخرس فيه حكومة وان كان الذوق يذهب بذهابه ، واختار الشيخ أبو اسحاق هنا فى هذا الفصـــل وجوب الدية فى الذوق ، وقال انمــا تجب فى لســـان الأخرس الحكومة اذا بقى ذوقه بعد قطـــع لسانه ، فأما اذا لم يبق ذوقه ففيه الدية •

اذا ثبت هذا فقال المصنف : اذا لم يحس بالحلاوة والمرارة والحموضة والملوحة والعذوبة وجب على الجانى عليه الدية ؛ فان لم يحس بواحد منها أو باثنتين وجب فيه من الدية بقدره ؛ وان كان يحس بها الا أنه لا يحس بها على الكمال وجب فى ذلك الحكومة دون الدية •

فـــرع اذا جنى عليه فذهب كلامه فأخذت منه الدية ثم نبت له لســـان مكانه ــ فاختلف أصحابنا فيـــه ــ فمنهم من قال : هل يجب رد

الدية ؟ فيه قولان كما قلنا فى السن ، ومنهم من قال لا يجب رد الدية قولا واحدا ، لأن عود السن معهود وعود اللســـان غير معهود فعلم أنه هبــة محـــددة .

قال فى الأم : وان قطع لهاة رجل قطعت لهاته ، فان أمكن والا وجبت حكومة ، واللهاة لحم فى أصل اللسان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل ويجب فى كل سن خمس من الابل لمـا روى عمـرو بن حزم « ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن : وفى السن خمس من الابل » والأنياب والأضراس والثنايا والرباعيات فى ذلك سـواء للخبر ، ولأنه جنس ذو عدد فلم تختلف ديتها باختلاف منافعها كالأصابع ، وان قلع ما ظهر وخرج من لحم اللثة وبقى السنخ لزمه دية السن ، لأن المنفعة والجمال فيما ظهر فكملت ديته ، كما لو قطع الأصابع دون الكف ، فان عاد هو أو غيره وقلع السنخ المغيب وجبت عليـه حكومة ، لأنه تابع لمـا ظهر فوجبت فيـه الحكومة ، كما لو قطع الكف بعد ما قطع الأصابع ، وان قلع السن من اصلها مع السنخ لم يلزمه لما تحتها من السنخ حكومة ، لأن السنخ تابع لما ظهر فدخل فى ديته كالكف اذا قطـع مع الأصابع ، وان كسر بعض السن طولا او عرضاً وجب عليه من دية السن بقدر ما كسر منها من النصف أو الثلث او الربع ، لأن ما وجب فى جميعه الدية وجب فى بعضه من الدية بقدره كالأصابع ، ويعتبر القدر من الظاهر دون السنخ المغيب لأن الدية تكمل بقطع الظاهر ، فاعتبر المكسور منه ، فان ظهر السنخ المغيب بعلة اعتبر القدر المكسور بما كان ظاهرا قبل العلة ، لا بما ظهر بالعلة ، لأن الدية تجب فيما كان ظاهرا فاعتبر القـدر المكسور منه) .

الشرح مضى تخريج كتاب عمرو بن حزم فى أول البـاب بلفظه كاملا وفيه « وفى السن خمس من الابل » وقد ذهب الى هذا الجمهور ، وظاهر الحديث عدم الفرق بين الثنايا والأنياب والضروس ، لأنه يصـدق على كل منهـا أنه سن ، ويروى عن على أنه يجب فى الضرس عشر من الابل . وروى عن عمر وابن عباس أنه يجب فى كل ثنية خمسون دينـارا وفى الناجذ أربعون وفى الناب ثلاثون ، وفى كل ضرس خمس وعشرون .

وقال عطاء : فى السن والرباعيتين خمس خمس ، وفى الباقى بعيران بعيران ، وهى الرواية الثانية عن عمر • دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم : « فى السن خمس من الابل » ولم يفرق ؛ ولأنه جنس ذو عدد فلم تختلف دينها كدية الأصابع • والسن الذى يجب فيه خمس من الابل هو ما ظهر من اللثة ؛ وهو اللحم الذى ينبت فيه السن ؛ لأن المنفعة والجمال فى ذلك • كما تجب دية اليد فى الأصابع وحدها ، فان قلع ما ظهر من السن ثم قلع هو أو غيره سنخ السن — والسنخ من كل شىء أصله والجمع أسناخ كحمل وأحمال — وجب على قالع السنخ الحكومة ، كما لو قطع رجل أصابع رجل ثم قطع هو او غيره الكف ، وان قلع السن وسنخها وجبت عليه دية السن لا غير ؛ لأن السنخ يتبع السن فى الدية اذا قلع معها ؛ كما لو قطع الأصابع مع الكف • وان ظهر السنخ المغيب بعلة اعتبر المكسور من الموضع الذى كان ظاهرا قبل العلة لا بما ظهر بالعلة ، فان اتفقا أنه كسر القدر الذى كان ظاهرا قبل العلة فعليه خمس من الابل ؛ وان قال الجانى كسرت بعض الظاهر فعلى أقل من خمس من الابل ، وقال المجنى عليه : بل كسرت كل الظاهر فالقول قول الجانى مع يمينه ، لأن الأصل براءة ذمته مما زاد على ما أقر به •

مسـألة فى كل ما قررنا وافقنا أحمد وأصحابه ، الا أنه حكى ابن قدامة رواية عن أحمد أن فى جميع الأسنان الدية ؛ فتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد بن المسيب للاجماع ، على أن فى كل سن خمسا من الابل وورد الحديث به فيكون فى الأسنان ستون بعيرا ، لأن فيه اثنى عشر سنا ، أربع ثنايا وأربع رباعيات وأربعة أنياب فيها خمس خمس ، وفيه عشرون ضرسا فى كل جانب عشرة ، خمسة فى الفك الأعلى ومثلها فى الأسفل ، فيكون فيها على رأى أحمد أربعون بعيرا فى كل ضرس بعيران فيتكمل الدية •

وحجة من قال هذا أنه ذو عدد تجب فيه الدية فلم تزد على دية الانسان كالأصابع والأجفان وسائر ما فى البدن ، ولأنها تشتمل على منفعة جنس

فلم تزد ديتها على الدية كسائر منافع الجنس ، وأولوا هذا بأن الأضراس تختص بالمنافع دون الجمال ، والأسنان بالمنافع والجمال ، فاختلفوا فى الأرش . ولكن يرد على هذا ما ترجح من المذهب عندنا وعند أصحاب أحمد ومالك وأبى حنيفة ومحمد بن الحسن ، وهو قول عروة وطاوس وقتادة والزهرى ، لما أخرج أبو داود باسناه عن عبد الله بن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الأصابع سواء والأسنان سواء ، الثنية والضرس سواء ، هذه وهذه سواء » وهذا نص فى مناط النزاع .

ويجاب عن قولهم بالمنافع بأن كل دية وجبت فى جملة كانت مقسومة على العدد دون المنافع كالأصابع والأجفان و لشفتين ، وقد أومأ ابن عباس الى هذا فقال : لا أعتبرها بالأصابع .

فأما ما ذكروه من المعنى فلابد من مخالفة القياس فيه ، فمن ذهب الى قولنا خالف المعنى الذى ذكروه ، ومن ذهب الى قولهم خالف التسوية الثابتة بقياس سائر الأعضاء من جنس واحد ، فكان ما قررنا من الأذعان للأخبار الصحيحة وموافقة أكثر أهل العلم .

فرع وان كسر بعض سنه من نصف أو ثلث وجب عليه من ديتها بقدر ما كسر منها ، لأن ما وجب فى جميعه الدية وجب فى بعضه بقسطه من الدية كالأصابع ، فان قلع قالع ما بقى من السن مع السنخ فقد قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم بقى على الثانى بقدر ما بقى من السن من ديتها ، ووجب فى السنخ الحكومة لأن السنخ انما يتبع جميع السن ، فأما بعض السن فلا يتبعها ، وحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد الاسفراييني قال : وهذا فيه تفصيل ، فان كسر الأول نصف السن فى الطول وبقى النصف فقلع الثانى الباقى منهما مع السنخ وجب نصف دية السن ويتبعه ما تحته من السنخ فى نصف ديته وجبت فى نصف السنخ الباقى الحكومة ، كما لو قلع أصبعين وجميع الكف فانه يجب عليه دية أصبعين ويتبعهما ما تحتهما من الكف وحكومة فى الباقى .

وان كسر الأول نصف السن في العرض وقلع الآخر الباقي مع السنخ تبعه ما تحته من السنخ كما لو قطع قاطع من كل أصبع من الكف أنملة فجاء آخر فقطع ما بقي من أنامل الأصابع مع الكف فانه يجب عليه أرش ما بقي من الأنامل ويتبعها الكف ، كذلك هذا مثله .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل وان قلع سناً فيها شق أو اكلة فان لم يذهب شيء من اجزائها وجبت فيها دية السن كاليد المريضة ، وان ذهب من اجزائها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب ووجب الباقي ، فان كانت احدى ثنيتيه العلياوين أو السفلاوين اقصر من الأخرى فقلع القصيرة نقص من ديتها بقدر ما نقص منها ، لانهما لا يختلفان في العادة ، فاذا اختلفا كانت القصيرة ناقصة فلم تكمل ديتها ، وان قلع سناً مضطربة نظرت فان كانت منافعها باقية مع حركتها من المضغ وحفظ الطعام والريق وجبت فيها الدية لبقاء المنفعة والجمال ، وان ذهبت منافعها وجبت فيها الحكومة ، لانه لم يبق غير الجمال، فلم يجب غير الحكومة كاليد الشلاء ، وان نقصت منافعها فذهب بعضها وبقي البعض ففيه قولان .

(احدهما) يجب فيها الدية لأن الجمال تام والمنفعة باقية ، وان كانت ضعيفة فكملت ديتها كما لو كانت ضعيفة من اصل الخلقة (والثاني) يجب فيها الحكومة ، لأن المنفعة قد نقصت ويجهل قدر الناقص ، فوجب فيها الحكومة ، وان ضرب سنة فاصفرت او احمرت وجبت فيها الحكومة ، لأن منافعها باقية ، وانما نقص بعض جمالها فوجب فيها الحكومة ، فان ضربها فاسودت فقد قال في موضع تجب فيها الحكومة ، وقال في موضع تجب الدية ، وليست على قولين ، وانما هي على اختلاف حالين ، فالذى قال تجب فيها الدية اذا ذهبت المنفعة ، والذى قال تجب فيها الحكومة اذا لم تذهب المنفعة . وذكر المزني انها على قولين ، واختار انه يجب فيها الحكومة ، والصحيح هو الطريق الاول .

فصل واذا قلع اسنان رجل كلها نظرت فان قلع واحدة بعد واحدة وجب لكل سن خمس من الابل فيجب في اسنانه ، وهي اثنان وثلاثون سناً مائة وستون بعيراً ، وان قلعها في دفعة واحدة ففيه وجهان .

(احدهما) انه لا يجب عليه اكثر من دية لانه جنس ذو عدد فلم يضمن باكثر من دية كاصابع اليدين .

(والثانى) انه يجب فى كل سن خمس من الابل ، وهو المذهب لحديث عمرو بن حزم ، ولأن ما ضمن ديته بالجناية اذا انفرد لم تنقص ديته بانضمام غيره اليه كالموضحة .

فصــــل واذا قلع سن صغير لم يثغر لم يلزمه شيء فى الحال لأن العادة فى سنه أن يعود وينبت فلم يلزمه شيء فى الحال كما لو نتف شعره ، فان نبت له مثلها فى مكانها لم يلزمه ديتها ، وهل تلزمه حكومة ؟ فيه وجهان :

(احدهما) لا تلزمه كما لو نتف شعره فنبت مثله .

(والثانى) تلزمه حكومة الجرح الذى حصل بالقلع وان لم تنبت له ووقع الاياس من نباتها وجبت ديتها لانا تحققنا اتلاف السن ، وان مات قبل الاياس من نباتها ففيه قولان (احدهما) يجب عليه دية السن لأنه قلع سناً لم تعد ، (والثانى) لا يجب لأن الظاهر انها تعود وانما مات بموته ، وان نبتت له سن خارجة عن صف الأسنان ، فان كانت بحيث ينتفع بها وجبت ديتهـا ، وان كانت بحيث لا ينتفع بها وجبت الحكومة للشين الحاصل بخروجها عن سمت الأسنان ، فان نبتت أكثر من نظيرتها وجب عليه من ديتها بقدر ما نقص لأنه نقص بجنايته فصار كما لو كسر بعض سن .

وان نبت اطول منها فقد قال بعض أصحابنا لا يلزمه شيء وان حصل بها شين لأن الزيادة لا تكون من الجناية ، قال الشيخ الامام : ويحتمل عندى انه تلزمه الحكومة للشين الحاصل بطولها ، كما تلزمه فى الشين الحاصل بقصرها ، لأن الظاهر أن الجميع حصل بسبب قلع السن .

وان نبتت له سن صفراء او سن خضراء وجبت عليه الحكومة لنقصـان الكمال فان قلع سن من أثغر وجبت ديتها فى الحال ، لأن الظاهر انه لا ينبت له مثلها ، فان أخذ الدية ثم نبت له مثلها فى مكانها ففيه قولان :

(أحدهما) يجب رد الدية لأنه عاد له مثلها فلم يستحق بدلها كالذى لم يثغر (والثانى) انه لا يجب رد الدية لأن العـادة جرت فى سن من ثغـر انه لا يعود فاذا عادت كان ذلك هبة مجددة فلا يسقط به ضمان ما أتلف عليه .

فصــــل ويجب فى اللحيين الدية لأن فيهمـا جمالا وكمـالا ومنفعة كاملة ، فوجبت فيهمـا الدية كالشفتين ، وان قلع احدهما وتماسك الآخر وجب عليه نصف الدية ، لأنهما عضوان تجب الدية فيهما فوجب نصف الدية فى احدهما كالشفتين واليدين . وان قلع اللحيين مع الأسنان وجب عليه دية اللحيين ودية الأسنان ولا تدخل دية احدهما فى الآخر لأنهما جنسان مختلفان

فيجب فى كل واحد منهما دية مقدرة فلم تدخل دية احداهما فى دية الأخرى كالشفتين مع الأسنان ، وتخالف الكف مع الأصابع فان الكف تابع للأصابع فى المنفعة ، واللحيان اصلان فى الجمال والمنفعة ، فهما كالشفتين مع الأسنان) .

الشرح اذا قلع سنا مضطربة لكبر أو مرض وكانت منافعها باقية من المضغ وطحن الطعام واستدرار اللعاب وجبت ديتها على احد الوجهين : وهو قول أحمد وأصحابه ؛ لأن جمالها باق ومنفعتها باقية وانما نقصت ، ونقصان المنفعة لا يوجب سقوط الدية كاليد العليلة .

(الثانى) لا يجب فيها الدية ؛ وانما تجب فيها الحكومة ؛ لأن معظم منفعتها تذهب بالاضطراب ؛ فصار كاليد الشلاء ، فان جنى على سنه جان فاضطربت وطالت عن الأسنان ؛ وقيل انها تعود الى مدة على ما كانت عليه انتظرنا اليها ، فان ذهبت وسقطت وجبت ديتها ، وان عادت كما كانت فلا شيء فيها كما لو جنى على يده فمرضت ثم برئت ، وان بقى فيها اضطراب ففيها حكومة لجنايته ؛ وان مضت المدة ولم تعد الى ما كانت عليه ففيها حكومة ، وان قلعها قالع قبل استقرارها فهل تجب عليه الدية والحكومة ؟ فيه قولان ، كما لو قلعها وهى مضطربة بمرض أو كبر .

قال الشيخ أبو حامد : الا أنا اذا أوجبنا الحكومة ههنا فانها تكون أقل من الحكومة فى التى قبلها ؛ لأن المجنى عليه لم ينتفع بالاضطراب الحادث من المرض وها هنا المجنى عليه قد انتفع بالاضطراب الحادث من الجناية الأولة ، وان قلع رجل سنا فيها شق أو أكلة — فان لم يذهب من أجزائها شيء وجب فيها سن كاليد المريضة ، وان ذهب منها شيء سقط من ديتها بقدر الذاهب ووجب الباقى .

فرع اذا قلع قالع سنة بسنخها وأبانها ثم ردها المجنى عليه الى مكانها فنبتت وعادت كما كانت وجبت على الجانى الدية . ونص أحمد فى رواية جعفر بن محمد أنه لا تجب فيها الدية . دليلنا أن الدية وجبت عليه بابانته السن على الفور ، ورده لها لا حكم له لأنه يجب ازالتها ، فان قلعها قالع فلا شيء عليه لأنه يجب قلعها وان لم يرد المقلوعة وانما رد مكانها عظما

طاهرا أو قطعة ذهب أو فضة فنبت عليها اللحم ثم قلعها انسان ففيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد الاسفرايني •

(أحدهما) لا يجب عليه شيء لأنه أزال ما ليس من بدنه فلم يجب عليه دية كما لو أعاد سنه المقلوعة ثم قلعها قالع •

(والثاني) يجب عليه حكومة لأنه أبيح له أن يتخذ سنا من عظم طاهر أو ذهب أو فضة ، وقد حصل له في ذلك جمال ومنفعة ، وقد أزالها فلزمه الحكومة لذلك •

فـــرع قوله : « واذا قلع أسنان رجل كلها الخ » وقد مضى في شرح ما قال المصنف قبل هذا تفصيل مفيد ، والذي لم نقله هو أنه اذا كان بعض أضراسه قصارا أو ثنايا طوالا وجب في كل سن ديتها ؛ لأن العادة أن الأضراس أقصر من الثنـايا ؛ وان كان بعض الأضراس طوالا وبعضـها قصارا ؛ أو كان بعض الثنايا طوالا وبعضها قصارا قال الشافعي رضي الله عنه : فان كان النقصان قريبا ففي كل سن ديتهـا ؛ لأن هـذا من خلقة الأصـل ، وان كان النقصـان كثيرا ففيهـا بقسطها من الدية ، فان كانت القصيرة نصف الطويلة وجب فيها نصف دية السن وان كانت ثلثها ففيها ثلث ديتها ، لأن هـذا القدر من النقص لا يكون الا من سبب مرض أو غيره • اهـ •

فـــرع اذا جنى على سنه فسـودها ففيـه قولان • وحكى عن أحمد روايتان (احداهما) تجب ديتهـا كاملة وهـو ظاهر كلام الخرقي ، ويروى هذا عن زيد بن ثابت ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وشريح والزهري وعبد الملك بن مروان والنخعي ومالك والليث وعبد العزيز بن أبي سلمة والثوري وأصـحاب الرأي (الثانية) وهـو المختار عندنا أنه ان أذهب منفعتها من المضغ عليها ونحوه ففيه دية • وان لم يذهب نفعها ففيه حكومة •

قال في البيان : وان ضرب رجل سن رجل فاحمرت أو اصفرت ولم

يذهب شيء من منفعتها وجبت فيها الحكومة ؛ لأنه أذهب جمالا من غير منفعة ، وان اسودت فقد قال الشافعي في موضع : فيها الحكومة ، وقال في موضع : فيها الدية ، فقال المزني : فيهـا قولان ؛ وقال سائر أصحابنا ليست على قولين وانما هي على حالين فحيث قال تجب فيها الدية اذا ذهبت منفعتها ، وحيث قال تجب فيها الحكومة أراد اذا لم تذهب منفعتها . وكل موضع قلنا تجب فيه الحكومة اذا اسودت فانه يجب فيها أكثر من الحكومة اذا احمرت أو اصفرت ؛ لأن الشين ـ أي العيب والقبح ـ في السواد أكثر .

وفي حديث عمرو بن شعيب عن أبيـه عن جده مرفوعا « وفي السن السوداء اذا نزعت ثلث ديتهـا » . قال الشـوكاني « لذهاب الجمـال والمنفعة » ولقول علي عليه السلام « اذا اسودت فقد تم عقلها » أي ديتها ، فان لم يضعف فحكومة ا هـ .

فـــرع اذا نبتت أسنان الصبي سوداء فسقطت ثم نبتت سوداء، فان كانت كاملة المنفعة غير مضطربة فقلع قالع بعضها ففي كل سن ديتها ؛ لأن هذا السواد من أصل الخلقة فهو كما لو كانت العين عمشاء من أصـل الخلقة ، فأما اذا نبتت أسنانه بيضاء فسقطت ، ثم نبتت سوداء ، ثم قلع قالع بعضها قال الشافعي رضي الله عنه سألت أهل الخبرة فان قالوا : لا يكون هذا من مرض ففيها الحكومة لأنها ناقصة الجمال والمنفعة . وان قالوا : قد يكون من مرض وغيره وجبت في كل سن ديتها ، لأن الأصل سـلامتها من المرض .

مســألة قوله « ويجب في اللحيين الخ » فجملة ذلك أن اللحيين وهما العظمان اللذان تنبت عليهما الأسنان ويقال لهما الفكان تجب فيهما الدية ، لأن فيهما منفعة وجمالا وفي أحـدهما نصف الدية ، لأن ما وجبت الدية في اثنتين منه وجبت في احداهما نصفها كالعينين ، وان قلع اللحين وعليهما الأسنان فحكى المسعودي فيه وجهين :

(أحدهما) لا يجب عليه الا دية واحدة ، كما لو قطـع الأصـابع مع

الكف (والثانى) وهو قول أصحابنا العراقيين أنه يجب فى اللحيين الدية ؛ فى كل سن خمس من الابل ؛ لأن كل واحد منهما تجب فيه دية مقدرة فلم يدخل أحدهما فى الآخر كدية الأسنان والشفتين ، ولأن اللحيين كانا موجودين قبل الأسنان فلم يتبعا ما حدث عليهما من الأسنان ؛ والكف والأصابع وجدا معا فتبع الكف الأصابع .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ويجب فى اليدين الدية لما روى معاذ رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال : « فى اليدين الدية » ويجب فى احداهما نصف الدية لما روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « كتب لعمرو بن حزم حين أمره على نجران فى اليد خمسون من الابل » واليد التى تجب فيهما الدية هى الكف ، فان قطع الكف وجبت الدية ، وان قطع من نصف الذراع أو من المرفق أو من العضد أو من المنكب وجبت الدية فى الكف ، ووجب فيما زاد الحكومة.

وقال أبو عبيد بن حربويه ، الذى تجب فيه الدية هو اليد من المنكب ، لان اليد اسم للجميع ، والمذهب الأول ، لأن اسم اليد يطلق على الكف ، والدليل عليه قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » والمراد به الكف ، ولأن المنفعة المقصودة من اليد هو البطش ، والأخذ والدفع وهو بالكف ، وما زاد تابع للكف فوجبت الدية فى الكف ، والحكومة فيما زاد .

ويجب فى كل أصبع عشر الدية لما روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن فى كل اصبع من الأصابع من اليد والرجل عشر من الابل » ولا يفضل اصبع على اصبع لما ذكرناه من الخبر ، ولما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مسندا « الأصابع كلها سواء عشر عشر من الابل » ولانه جنس ذو عدد تجب فيه الدية فلم تختلف ديتها باختلاف منافعها كاليدين ، ويجب فى كل انملة من غير الابهام ثلث دية الأصبع وفى كل انملة من الابهام نصف دية الأصبع ، لانه لما قسمت دية اليد على عدد الأصابع وجب ان يقسم دية الأصبع على عدد الانامل .

فصـــل وان جنى على يد فشلت ، او على اصبع فشلت ، او على انملة فشلت ، وجب عليه ما يجب فى قطعها ، لأن المقصود بها هو المنفعة فوجب فى اتلاف منفعتها ما وجب فى اتلافها ، وان قطع يدا شلاء او اصبعا شلاء أو انملة شلاء وجب عليه الحكومة لانه اتلاف جمال من غير منفعة) .

الشرح خبر معاذ أخرجه البيهقي ، وخبر عمرو بن حزم هو كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن ، قال ابن كثير في الارشاد وهذا الكتاب متداول بين أئمة الاسلام قديما وحديثا يعتمدون عليه ، ويفزعون في مهمات هذا الباب اليه .

أما حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فان هذه زيادة في حديث رواه أحمد وأصحاب السنن الأربعة ؛ وصححه ابن خزيمة وابن الجارود ولفظه عندهم « في المواضح خمس خمس من الابل - وزاد أحمد - والأصابع سواء كلهن عشر عشر من الابل » .

أما قوله « وتجب في اليدين الدية » فجملة ذلك أن أهل العلم قد أجمعوا على وجوب الدية في اليدين ووجوب نصفها في احداهما لما سقناه من حديث معاذ وكتاب النبي صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن ؛ ولأن فيهما جمالا ظاهرا ومنفعة كاملة ، وليس في البدن من جنسهما غيرهما فكان فيهما الدية كالعينين .

واليد التي تجب فيها الدية من الكوع لأن اسم اليد عند الاطلاق ينصرف اليها بدليل قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » فان الواجب قطعهما من الكوع ، وكذلك التيمم يجب فيه مسح اليدين الى الكوعين ، فان قطعها من بعض الساعد أو المرفق أو من المنكب وجبت الدية في الكف وفيما زاد عليه الحكومة وقال أبو يوسف : ما زاد على الأصابع الى المنكب يتبع الأصابع كما تتبعها الكف نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ، وهو قول عطاء وقتادة والنخعي وابن أبي ليلى ومالك وغيرهم أنه لو قطع اليد من الكوع ثم قطعها من المرفق وجب في المقطوع ثانيا حكومة ، لأنه وجبت عليه دية اليد بالقطع الأول فوجبت بالثاني حكومة كما لو قطع الأصابع ثم قطع الكف أو قطع حشفة الذكر ثم قطع بقيته أو كما لو فعل ذلك اثنان .

وقال أبو عبيد بن حربويه من أصحابنا « اليد التي يجب بقطعها الدية هي اليد من المنكب » دليلنا الآية ، وأن النبي صلى الله عليه وسلم قطع

اليد من مفصل الكوع فكان فعله بياناً للآية ؛ لأن المنفعة المقصودة باليد الأخذ والدفع يحصل بالكف فوجبت الدية فيه ، وان جنى على كفه فشلت وجبت عليه ديتها لأنه قد أذهب منفعتها فهو كما لو قطعها ، وكما لو أعمى عينيه مع بقائهما أو أخرس لسانه .

قال الشوكانى « والحد الموجب للدية من الكوع » كما حكاه صاحب البحر عن العترة وأبى حنيفة والشافعى ؛ فان قطعت اليد من المنكب أو الرجل من الركبة ففى كل واحدة منهما نصف دية ، وحكومة عند أبى حنيفة ومحمد والقاسمية والمؤيد بالله . اهـ .

فــرع ويجب فى كل أصبع عشر من الابل ولا تفضل أصبع على أصبع ، وبه قال على وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت رضى الله عنهم ، وعن عمر روايتان ، احداهما مثل قولنا ، والثانية يجب فى الخنصر ست من الابل ، وفى البنصر تسع ، وفى الوسطى عشرة وفى السبابة اثنا عشر وفى الابهام ثلاثة عشر فقسم دية اليد على الأصابع . دليلنا حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى كل أصبع مما هناك من اليد والرجل عشر من الابل » وقيل ان عمر رضى الله عنه وأرضاه لما وجد هذا فى الكتاب عند آل حزم رجع عن التفصيل .

وروى أن ابن عباس كان يقول فى كل أصبع عشر من الابل ؛ فوجه اليه مروان وقال له أما سمعت قول عمر رضى الله عنه ؟ فقال ابن عباس قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى من قول عمر ، وأن الدية اذا وجبت بعدد قسمت عليه على عدده لا على منافعه كاليدين والرجلين ، ويجب فى كل أنملة من الأصابع ثلث دية الأصبع ، الا الابهام فانه يجب فى كل أنملة منها نصف دية الأصبع ؛ وهو قول زيد بن ثابت .

وحكى عن مالك أنه قال « للابهام أيضا ثلاث أنامل احداهن باطنة » دليلنا أن كل أصبع لها أنملة باطنة ولا اعتبار بها ؛ وانما الاعتبار بالأنامل الظاهرة ، ووجدنا لكل أصبع غير الابهام ثلاث أنامل وللابهام أنملتين

فقسمت الدية عليهما وان جنى على أصبع فشلت أو على أنملة فشلت وجب عليه ديتها : لأنه أذهب منفعتها فهو كما لو قطعها .

فــرع اذا كان له كفان على كوع أو يدان على مرفق أو منكب ، فان لم يبطش بواحدة منهما فهما كاليد الشلاء فلا يجب فيهما قود ولا دية ، وانما يجب فيهما الحكومة ؛ وان كان يبطش باحداهما دون الأخرى فالباطشة هى الأصلية والأخرى زائدة ، سواء كانت الباطشة على مستوى الذراع أو منحرفة عن سمت الذراع ؛ لأن الله تعالى جعل البطش فى اليد كما جعل البول فى الذكر ؛ فاستدل بالبطش على الأصلية كما يستدل على الخنثى بالبول ، وان كان يبطش بهما الا أن احداهما أكثر من الأخرى ، فالتى هى أكثر بطشا هى الأصلية والأخرى خلقة زائدة ، وعلى قول ابن حامد من أصحاب أحمد لا شىء فيها ، لأنها عيب ، فهى كالسلعة فى اليد .

أما اذا كانت احداهما على مستوى الخلقة والأخرى زائدة عن الاستواء فالمستوية هى الأصلية ؛ والزائلة هى الزائدة ؛ وان كانتا على مستوى الخلقة ، فان كانت احداهما لها خمس أصابع وللأخرى أربع أصابع فالأصلية هى كاملة الأصابع والأخرى زائدة . فان استويا فى ذلك كله الا أن فى احداهما أصبعا زائدة لم يحكم بكونها أصلية بذلك ؛ لأن الأصبع الزائدة قد تكون فى اليد الأصلية وفى الزائدة حكلنا أن أحدهما أصلية والأخرى زائدة أوجبنا فى الأصلية القود والدية الكاملة وفى الأخرى الحكومة ، وان تساويا ولم يعلم الزائدة منهما من الأصلية ، قال الشافعى رحمه الله : فهما أكثر من يد وأقل من يدين ، فان قطعهما قاطع قطعت يده ؛ ووجب عليه مع القصاص حكومة للزيادة ؛ وان عفا عن القصاص أو كانت الجناية خطأ وجب على الجانى دية يد وزيادة حكومة ، وان قطع قاطع احداهما لم يجب عليه القصاص لأنه ليس له مثلها ، ولكن يجب عليه نصف دية يد وحكومة . وان قطع أصبعا من أحداهما وجب عليه نصف دية أصبع وحكومة ، وان قطع أنملة منهما وجب عليه نصف دية أنملة وحكومة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل ويجب فى الرجلين الدية لما روى معــاذ رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « فى الرجلين الدية » ويجب فى احداهما نصف الدية لما روى عمرو بن حزم ان رســول الله صلى الله عليه وسلم قال « فى الرجل نصف الدية » والرجل التى يجب فى قطعها نصف الدية القدم ، فان قطع من الساق او من الركبة او من بعض الفخذ أو من اصل الفخذ وجبت الدية فى القدم ، ووجبت الحكومة فيما زاد ، لما ذكرناه فى اليد ، ويجب فى كل اصبع من اصابع الرجل عشر الدية لما ذكرناه فى اليد من حديث عمرو بن حزم، ويجب فى كل انملة من غير الابهام ثلث دية الاصبع ، وفى كل انملة من الابهــام نصف دية الأصبع لما ذكرناه فى اليد .

فصـــــل ويجب فى القــدم الأعرج ويد الأعسم اذا كانتــا سليمتين الدية ، لأن العرج انما يكون من قصر احدى الساقين ، وذلك ليس بنقص فى القدم ، والعسم لقصر العضــد او الذراع او اعوجاج الرســغ ، وذلك ليس بنقص الكف ، فلم يمنع كمال الدية فى القدم ، والكف كذكر الخصى واذن الأصم وانف الأخشم .

فصـــــل اذا كسر الســاعد فجبره مجبر أو خلع كفه فاعوجت ثم جبرها فجبرت وعادت مستقيمة ، وجبت الحكومة ، لأنه حصل به نقص ، وان لم تعد الى ما كانت ، كانت الحكومة اكثر لأن النقص اكثر فان قال الجانى أنا اعيد خلعها واعيدها مستقيمة منع من ذلك لأنه استئناف جناية أخرى فان كابره وخلعه فعاد مستقيما وجب عليه بهذا الخلع حكومة ، ولا يسقط ما وجب من الحكومة الأولى لأنها حكومة استقرت بالجناية ، وما حصل من الاستقامة حصل بمعنى آخر ، فلم يسقط ما وجب ، ويخالف اذا جنى على العين فذهب الضوء ثم عاد ، لأنا نتيقن أن الضوء لم يذهب .

فصـــــل وان كان لرجل كفــان من ذراع ، فان لم يبطش بواحــدة منهما ، لا يجب فيهما قود ولا دية ، لأن منافعهما قد بطلت فصار كاليد الشلاء، ويجب فيهما حكومة ، لأن فيهما جمالا ، وان كان احدهما يبطش دون الآخر فالذى يبطش به هو الأصلى فيجب فيه القود أو الدية ، والآخر خلقة زائدة ويجب فيها الحكومة ، وان كان احدهما اكثر بطشا كان الأصلى هو اكثرهما بطشا سواء كان الباطش على مستوى الذراع أو منحرفا عنه ، لأن الله تعالى جعل البطش فى الأصلى فوجب ان يرجع فى الاستدلال عليه اليه ، كما يرجع فى الخنثى الى بوله . وان استويا فى البطش ـ فان كان احدهما على مستوى الذراع والآخر منحرفا عن مستوى الذراع ـ فالأصلى هو الذى على مستوى

الذراع فيجب فيه القود أو الدية ، ويجب فى الآخر الحكومة ، فان استويا فى ذلك ـ فان كان احدهما تام الأصابع والآخر ناقص الأصابع ـ فالأصلى هو التام الأصابع . فيجب فيه القود او الدية ، والآخر خلقة زائدة ويجب فيها الحكومة ، وان استويا فى تمام الأصابع الا أن فى احدهما زيادة اصبع لم ترجع الزيادة ، ولأنه قد يكون الأصبع الزائدة فى غير اليد الأصلية ، فاذا استويا فى الدلائل فهما يد واحـدة ، فان قطعهما قاطع وجب عليه القـود او الدية ، وعليه نصف دية يد وزيادة حكومة لأنها نصف يد زائدة ، وان قطع أصبعاً من احداهما فعليه نصف دية أصبع وزيادة حكومة لانها نصف اصبع زائدة ، وان قطع انملة اصبع من احداهما وجب عليه نصف دية انملة وزيادة حكومة ، لانها نصف انملة زائدة) .

الشرح اللغات قوله « الاعسم » العسم فى الكف والقدم ، وبابه تعب يبس مفصل الرسغ حتى تعوج الكف والقدم ، والرجل أعسم والمرأة عسماء ، وعسم عسما من باب ضرب طمع فى الشىء .

وقوله « خلع كفه » أى فكها من معصمها فاسترخت فلا يطيق رفعها ؛ وقد شلت يده شل بفتح الشين فيهما اذا يبست ؛ وقيل اذا استرخت ، ولا تشلل بفتح التاء واللام اذا دعا لك بالسلامة من الشلل . قال الشاعر :

فلا تشلل يد فتكت بعمرو   فانك لن تذل ولن تضـاما

اذا ثبت هذا فانه يجب فى الرجلين الدية وفى احداهما نصف الدية لما ذكرناه من حديث معـاذ وحديث عمرو بن حزم ، وهو قول عمر وعلى ولا مخالف لهما فى الصحابة ، والرجل التى يجب بقطعها الدية هى القدم ، فان قطعها من نصف الساق أو من الركبة أو من الورك وجب الدية فى القـدم والحكومة فيما زاد لما ذكرناه فى اليد ، ويجب فى كل أصبع منها وفى كل أنملة ما يجب فى أصابع اليد وأناملها لما ذكرناه فى اليد .

فان خلق له قدمان على كعب واحد أو ساقان على ركبة أو ركبتان على فخذه فالحكم فيه كالحكم فيمن خلق له كفان على مفصل ، الا أن الشافعى رضى الله عنه قال ها هنا « اذا كان احدى القدمين أطول من الأخرى وكان

يمشى على الطويلة فالظاهر أن الأصلية هى الطويلة التى يمشى عليها ، فان قطع قاطع القدم الطويلة لم يجب على القاطع فى الحال الدية ، بل ينظر فى المقطوع — فان لم يمش على القصيرة أو مشى عليها مشيا ضعيفا وجبت الدية فى الطويلة ، لأننا علمنا أن الأصلية هى الطويلة . والقصيرة زائدة فيجب على قاطعها الحكومة .

وان مشى على القصيرة مشى العادة وجب على قاطع الطويلة الحكومة ؛ لأنا علمنا أن الأصل هو القصر ؛ وانما منعه المشى عليها الطويلة ؛ وان قطع قاطع القصيرة وجبت عليه الدية ، فان جنى رجل على الطويلة فشلت وجبت عليه الدية لأنها هى الأصلية فى الظاهر — فان قطعها قاطع بعد الشلل وجبت الحكومة ثم ينظر فيه — فان لم يمش على القصيرة أو مشى عليها مشيا ضعيفا — فقد علمنا أن الأصلية هى الطويلة ، واستقر ما أخذه ؛ وان مشى على القصيرة مشى العادة علمنا أن القصيرة هى الأصلية ، فيجب عليه أن يرد على الجانى الأول على الطويلة ما زاد على الحكومة الا الدية ؛ وان قطع قاطع القصيرة كان عليه الدية .

فــرع قال الشافعى رضى الله عنه « وفى يد الاعسم ورجل الأعرج اذا كانتا سالمتين الدية » وهذا صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم « فى اليد خمسون من الابل وفى الرجل خمسون من الابل » ولم يفرق ؛ ولأن العرج انما يكون لقصر الساق أو لمرض فيه أو فى غيره من الرجل والقدم سالم بنفسه فلم تنقص دية القدم لذلك ، وأما الأعسم فاختلف أصحابنا فيه ؛ فقال الشيخ أبو حامد هو الاعسر وهو الذى بطشه بيساره أكثر ، وقال ابن الصباغ : الاعسم هو الذى يكون فى رسغه مثل اعوجاج ، والرسغ طرف الذراع مما يلى الكوع . وهو ظاهر كلام الشيخ أبى اسحاق .

فــرع ولا يفضل يمين عن يسار فى الدية ؛ لقوله صلى الله عليه وسلم « فى اليد خمسون من الابل وفى الرجل خمسون من الابل » ولم يفرق ؛ وان وجبت عليه الحكومة أكثر مما لو عادت مستقيمة وجبت عليه

حكومة للشين ، وان عادت غير مستقيمة وجبت عليه الحكومة أكثر مما لو عادت مستقيمة ، لأنه أحدث بها نقصا .

فان قال الجانى : أنا أكسرها واجبرها فتعود مستقيمة لم يجب رد الحكومة الأولة اليه ، لأنها استقرت عليه بالانجبار الأول ؛ قال الشيخان أبو حامد وأبو اسحاق : يجب عليه للكسر الثانى . وقال ابن الصباغ فيه وجهان كالجناية اذا اندملت ولم يكن لها شين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ويجب فى الاليتين الدية ، لأن فيهما جمالا كاملا ومنفعة كاملة فوجب فيهما الدية كاليدين ، ويجب فى احداهما نصف الدية ، لأن ما وجبت الدية فى اثنين منه وجب نصفها فى احدهما كاليدين ، وان قطع بعضها وجب فيه من الدية بقدره ، وان جهل قدره وجبت فيه الحكومة .

فصل وان كسر صلبه انتظر ، فان جبر وعاد الى حالته لزمته حكومة الكسر ، وان احدودب لزمه حكومة للشين الذى حصل به ، وان ضعف مشيه او احتاج الى عصا لزمته حكومة لنقصان مشيه ، وان عجز عن المشى وجبت عليه الدية ، لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب انه قال « مضت السنة أن فى الصلب الدية ، وفى اللسان الدية ، وفى الذكر الدية ، وفى الانثيين الدية » ولانه ابطل عليه منفعة مقصودة فوجبت عليه الدية .

وان كسر صلبه وعجز عن الوطء وجبت عليه الدية ، لأنه ابطل عليه منفعة مقصودة . وان ذهب مشيه وجماعه ففيه وجهان :

(احدهما) لا تلزمه الا دية واحدة لانهما منفعتا عضو واحد .

(والثانى) يلزمه ديتان ، وهو ظاهر النص ، لانه يجب فى كل واحد منهما الدية عند الانفراد فوجبت فيهما ديتان عند الاجتماع ، كما لو قطع اذنيه فذهب سمعه أو قطع انفه فذهب شمه .

فصل ويجب فى الذكر الدية لما روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب مع عمرو بن حزم الى اليمن وفى ذكر الدية » ويجب ذلك فى ذكر الشيخ والطفل والخصى والعنين ، لأن العضو فى نفسه سليم ، ولا تجب فى

ذكر اشل لانه بطلت منفعته فلم تكمل ديته ، ويجب فيه الحكومة لانه اتلف عليه جماله ، وان جنى على ذكره فشل وجبت ديته ، لأن المقصود بالعضو هو المنفعة فوجب في اتلاف منفعته ما وجب في اتلافه .

وان قطع الحشفة وجبت الدية لأن منفعة الذكر تكمل بالحشفة كما تكمل منفعة الكف بالأصابع ، فكملت الدية بقطعها ، وان قطع الحشفة وجاء آخر فقطع الباقي وجبت فيه حكومة ، كما لو قطع الأصابع وجاء آخر وقطع الكف ، وان قطع بعض الحشفة وجب عليه من الدية بقسطها ، وهل تقسط على الحشفة وحدها أو على جميع الذكر ؟ فيه قولان .

(احدهما) تقسط على الحشفة ، لان الدية تكمل بقطعها فقسطت عليها كدية الاصابع . (والثانى) يقسط على الجميع ، لأن الذكر هو الجميع فقسطت الدية على الجميع .

فصل ويجب في الانثيين الدية لما روى « ان النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى اهل اليمن مع عمرو بن حزم وفى الانثيين الدية » ويجب في احدهما نصف الدية ، لأن ما وجب في اثنين منه الدية وجبت في احدهما نصفها كاليد) .

الشرح قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم يقولون في الاليتين الدية ، وفى كل واحدة منهما نصفها ، منهم عمرو بن شعيب والنخعي والشافعي وأحمد وأصحاب الرأي اهـ . ولأنهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فانه يجلس عليهما كالوسادتين فوجب فيهما الدية وفى احداهما نصفها كاليدين .

والاليتان هما ما علا وأشرف من الظهر عن استواء الفخذين وفيهما الدية اذا أخذتا الى العظم الذى تحتهما ، وفى ذهاب بعضهما بقدره ؛ لأن ما وجبت الدية فيه وجب في بعضه بقدره ؛ فان جهل المقدار وجبت حكومة لأنه نقص لم يعرف قدره ؛ ولا فرق بين أليتى الرجل والمرأة في ذلك ؛ وان كان الانتفاع بأليتى المرأة أكثر ، لأن الدية لا تختلف بالمنفعة كما قلنا في اليمين واليسار .

فـــرع اذا كسر صلبه[1] فأذهب مشيه وجبت فيه الدية لما روى فى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم « وفى الصلب الدية ».

وعن سعيد بن المسيب أنه قال مضت السنة أن فى الصلب الدية وهذا ينصرف الى سنة النبى صلى الله عليه وسلم ؛ وبهذا قال القاضى من الحنابلة ، وقال أحمد وأكثر أصحابه ومنهم ابن قدامة « اذا كسر الصلب فلم ينجبر الدية ولو لم يذهب مشيه أو جماعه » وبهذا قال زيد بن ثابت وعطاء والحسن والزهرى ومالك قالوا اذا ذهب مشيه أو جماعه بسبب كسر صلبه ففيه دية أخرى غير دية الصلب ، وظاهر رواية أحمد رواها عنه ابنه عبد الله أنه ان ذهب مشيه وجماعه وجبت ديتان ؛ لأنهما منفعتان تجب الدية بذهاب كل واحد منهما منفردة ؛ فاذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر . ولنا أن الدية تجب اذا ذهب مشيه ، ولأن المشى منفعة جليلة فأشبه السمع والبصر ، وان لم يذهب المشى ولكن احتاج فى مشيه الى عكازة وجب فيه حكومة ، وان لم يحتج الى عكازة ولكنه يمشى مشيا ضعيفا وجبت عليه حكومة أقل من الحكومة الأولة ، وان عاد مشيه كما كان الا أن ظهره أحدب لزمته حكومة للشين الحاصل بذلك ، فاذا كسر صلبه فذهب جماعه وجبت عليه الدية ؛ لأنه روى ذلك عن أبى بكر وعمر وعلى رضى الله عنهم ولا مخالف لهم ؛ ولأنه منفعة جليلة فشابه السمع والبصر .

وان كسر صلبه فذهب ماؤه فقد قال القاضى أبو الطيب الذى يقتضى المذهب أنه تجب فيه الدية ، وهو قول مجاهد لأنه منفعة مقصودة فوجب فى ذهابه الدية كالجماع وان كسر صلبه فذهب مشيه وجماعه ففيه وجهان.

(أحدهما) لا يجب عليه الا دية واحدة لأنهما منفعتا عضو واحد .

---

(١) فى القاموس الصلب بالضم وبالتحريك عظم من لدن الكاهل الى العجب وقد قيل المراد بالصلب هو ما فى الجدول المنحدر من الدماغ لتفريق الرطوبة فى الأعضاء لا نفس المتن ، بدليل ما رواه ابن المنذر عن على ، والأولى حمل الصلب فى كلام الشارع على المعنى اللغوى .

(والثانى) يجب عليه ديتان وهو المنصوص ، لأنهما منفعتان يجب فى كل واحدة منهما الدية عند الانفراد-فوجب فى كل واحدة منهما دية عند الاجتماع كالسمع والبصر •

وقال ابن قدامة « وأن أذهب ماءه دون جماعه احتمل وجوب الدية » ؛ وهذا يروى عن مجاهد ؛ وهذا كما قلنا هو مقتضى النص لأنه ذهب بمنفعة مقصودة فوجبت الدية •

فـــرع وفى الذكر الدية لما جاء فى كتاب النبى صلى الله عليه وسلم لأهل اليمن « وفى الذكر الدية » وهو اجماع أهل العلم ، ولأن فيه منفعة وجمالا فوجبت فيه الدية ؛ وسواء قطع ذكر صبى أو شيخ أو شاب أو خصى أو عنين لعموم الخبر ، واختلفت الرواية عن أحمد فى العنين على روايتين (احداهما) تجب فيه الدية لذلك (والثانية) لا تكمل ديته ، وهو مذهب قتادة ؛ لأن منفعته الانزال والاحبال والجماع ، وقد عدم ذلك منه فى حال الكمال فلم تكمل ديته كالاشل وبهذا فارق ذكر الصبى •

وكذلك اختلفت الرواية عن أحمـــد على روايتين (احداهما) وهـــو مذهبنا ، وبه قال ابن المنذر : فيـــه دية كاملة ، للخبر ، ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه (والثانية) لا تجب فيه ، وهو قول مالك والثـــورى وأصحاب الرأى وقتادة واسحاق لما ذكرنا فى ذكر العنين ؛ ولأن المقصـــود منه تحصيل النسل ولا يوجد ذلك منه فلم تكمل ديته كالاشل ، والجماع يذهب فى الغالب • واستدلوا على ذلك بالبهائم يذهب جماعها بخصائها ، والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصى أن الجماع فى ذكر العنين أبعد منه فى ذكر الخصى ؛ واليأس من الانزال متحقق فى ذكر الخصى دون ذكر العنين ، فعلى قولهم لا تكمل الدية فى ذكر الخصى ان قطع الذكر والانثيين دفعـــة واحدة • أو قطع الذكر ثم قطع الانثيين لزمته ديتان فان قطـــع الانثيين ثم قطع الذكر لم تلزمه الا دية واحـــدة فى الأنثيين ، وفى الذكر حكومة لأنه ذكر خصى ، وأفاد ابن قدامة عن القاضى أن أحمد نص على هذا •

فــــرع اذا جنى رجل فقطـع الحشفة والقضيب فقـال أصحابنا البغداديون : يجب فيه دية ، ولا يفرد القضيب بالحكومة ، لأن اسم الذكر يقع على الجميع ، فهو كما لو قطع يده من مفصل الكوع •

وقال الخراسانيون هل يفرد القضيب بالحكومة ؟ فيه وجهان ، وكذلك عندهم اذا قطع المارن مع القصبة أو قلع السن مع السنخ فهل يفرد القصبة عن المارن ؟ والسنخ عن السن بالحكومة ؟ فيه وجهان :

وان قطع بعض الحشفة ففيه قولان :

(أحدهما) ينظر كم قدر تلك القطعة من الحشفة نفسها فيجب فيها من الدية بقدرها من الحشفة ، لأن الدية تجب بقطع الحشفة وحدها •

(والثانى) ينظر كم قدر تلك القطعة من جميع الذكر ، ويجب فيها من دية الذكر بقدرها ، لأنه لو قطع جميع الذكر لوجبت فيه الدية ، فاذا قطع بعضه اعتبر المقطوع منه ، فان قطع رجل قطعة مما دون الحشفة ، والحشفة باقية ، قال الشافعى رضى الله عنه نظر فيه فان كان البول يخرج على ما كان عليه ، وجب بقدر تلك القطعة من جميع الذكر من الدية ، وان كان البول يخرج من موضع القطع وجب عليه أكثر الأمرين من حصة القطعة من جميع الذكر أو الحكومة • وان جرح ذكره فاندمل ولم يشل ، فادعى المجنى عليه أنه لا يقدر على الجماع لم تجب الدية وانما تجب الحكومة ، لأن الجمـاع لا يذهب مع سلامة العضو ، فاذا لم يقـدر عليه كان ذلك لعلة أخرى فى غير الذكر فلا يلزم الجانى دية الجماع ، وان جرح ذكره وطالت الجراحة الى جوف الذكر لم تجب أرش الجائفة وانما تجب فيه الحكومة ، لأنه وان كان له جوف ، الا أنه جوف لا يخاف من الوصول اليه التلف •

قوله « ويجب فى الأنثيين الدية » وهذا صحيح لمـا رويناه من كتاب عمرو بن حزم فى أول الباب • وروى ذلك عن على وعمر وزيد بن ثابت • والأنثيان معناهما معنى البيضتين ، أفاده فى القاموس •

وذكر الشوكانى نقلا عن الغيث أن الأنثيين هما الجلدتان المحيطتان بالبيضتين وفيه نظر لأن كتب اللغة على خلاف ذلك • وفى اللسان والأنثيان الخصيتان، وهما أيضا الأذنان يمانية . وأنشد الأزهرى لذى الرمة :

وكنا اذا القيسى نب عتود ضربناه فوق الأنثيين على الكرد

وقال ابن سيده فى المخصص ، وقول الفرزدق :

وكنا اذا الجبار صعر خده ضربناه تحت الأنثيين على الكرد

وقوله « مضت السنة الخ » قال الشافعى فيما أخرجه البيهقى عنه « ان قول سعيد من السنة يشبه أن يكون عن النبى صلى الله عليه وسلم أو عن عامة أصحابه » ثم قال « وقد كنا نقول انه على هذا المعنى ثم وقفت عنه ، وأسأل الله الخير ؛ لأنا قد نجد منهم من يقول السنة ، ثم لا نجد لقوله السنة نفاذا أنها عن النبى صلى الله عليه وسلم والقيابس أولى بنا فيها • وقال الشوكانى : وعلى تسليم أن قوله « من السنة » يدل على الرفع فهو مرسل•

اذا ثبت هذا فان الجمهور على أن فيهما الدية لما فيهما من جمال ومنفعة فهما كاليدين ؛ وفى كل واحدة منهما نصف الدية • وقال ابن المسيب فى اليسرى ثلثى الدية لأن النسل منها وفى اليمنى ثلث الدية • ودليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « وفى الأنثيين الدية » وظاهر هذا أن الدية مقسطة عليهما بالسوية •

وقوله ان النسل من اليسرى لم يصح • وروى هذا فى كتب العترة عن على ولم يثبت عندنا ، وقد روى عن عمرو بن شعيب قوله عجبت لمن يقول ان النسل من اليسرى كان لى غنيمات وأخصبتها فألقحت ؛ وان صح فان العضو لا تفضل ديته بزيادة المنفعة ، كما لا تفضل اليد اليمنى على اليسرى، وكما لا يفضل الابهام على الخنصر فى الدية •

فرع وان قطع الذكر والأنثيين معا أو قطع الذكر ثم الأنثيين

وجبت عليه ديتان بلا خلاف ، وان قطع الأنثيين ثم قطع الذكر بعدهما وجب عليه ديتان عندنا . وقال أبو حنيفة : تجب عليه دية الأنثيين وحكومة فى الذكر ، لأنه بقطع الأنثيين قد ذهبت منفعة الذكر ، لأن استيلاده قد انقطع، دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « وفى الذكر الدية » ولم يفرق ؛ ولأن كل عضوين لو قطعا معا وجبت فيهما ديتان ، فاذا قطع احداهما بعد الأخرى وجبت فيهما ديتان كما لو قطع الذكر ثم الأنثيين ، وما قاله لا نسلمه ، لأن منفعة الذكر باقية لأنه يولجه ، فأما المـــاء فان محله فى الظهر لا فى الذكر وقد قيل انه بقطع الأنثيين لا ينقطع الماء . وانما يرق فلا ينعقد منه الولد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل وما اشترك فيه الرجل والمراة من الجروح والأعضاء ففيــه قولان قال فى القديم : تساوى المراة الرجل الى ثلث الدية ، فاذا زادت على ذلك كانت المراة على النصف من الرجل ، لما روى نافع عن ابن عمر انه قال « تستوى دية الرجل والمراة الى ثلث الدية ويختلفان فيما سوى ذلك » .

وقال فى الجديد : هى على النصف من الرجل فى جميع الاروش ، وهو الصحيح لانهما شخصان مختلفان فى دية النفس فاختلفا فى اروش الجنايات كالمسلم والكافر ، ولانه جناية يجب فيها ارش مقدر فكانت المراة على النصف من الرجل فى ارشها كقطع اليد والرجل ، وقول ابن عمر يعارضه قول على كرم الله وجهه « فى جراحات الرجال والنساء سواء على النصف فيمـــا قل او كثر » .

فصـــــل ويجب فى ثديى المراة الدية لان فيهما جمالا ومنفعة فوجب فيهما الدية كاليدين والرجلين ، ويجب فى احداهما نصف الدية لما ذكرناه فى الانثيين وان جنى عليهما فشلتا وجبت عليه الدية ، لان المقصود بالعضو هو المنفعـــة فكان اتلاف منفعتـــه كاتلافه ، وان كانتا ناهدين فاسترسلتا وجبت الحكومة لانه نقص جمالهمـــا ، وان كان لها لبن فجنى عليهما فانقطع لبنهـــا وجبت عليه الحكومة لانه قطع اللبن بجنايته ، وان جنى عليهما قبل ان ينزل لها لبن فولدت ولم ينزل لها لبن ســـئل اهل الخبرة فان قالوا لا ينقطـــع الا بالجنـــاية وجبت الحكومة . وان قالوا : قد ينقطع من غير جنـــاية لم تجب الحكومة ، لجواز ان يكون انقطـــاعه لغير الجنـــاية فلا تجب الحكومة بالشك وتجب الدية فى حلمتيهما ، وهو راس الثدى لأن منفعة الثديين بالحلمتين لان الصبى بها يمص اللبن وبذهابهما تتعطل منفعة الثديين فوجب فيهما ما يجب

فى الثديين ، كما يجب فى الاصابع ما يجب فى الكف ، واما حلمتا الرجل فقد قال فى موضع : يجب فيه حكومة ، وقال فى موضع : قد قيل ان فيهما الدية ، فمن اصحابنا من قال : فيه قولان .

(احدهما) تجب فيهما الدية ، لان ما وجبت فيه الدية من المراة وجبت فيه الدية من الرجل كاليدين .

(والثانى) وهو الصحيح انه يجب فيهما الحكومة لأنه اتلاف جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة ، ومنهم من قال يجب فيه الحكومة قولا واحدا . وقوله قد قيل ان فيهما الدية حكاية عن غيره .

فصل ويجب فى اسكتى المراة ـ وهما الشفران المحيطان بالفرج ـ الدية لان فيهما جمالا ومنفعة فى المباشرة ، ويجب فى احدهما نصف الدية لان كل ما وجب فى اثنين منه الدية وجب فى احدهما نصفها كاليدين) .

الشرح قد ذكرنا أن دية نفس المرأة على النصف من دية الرجل ، وأما ما دون النفس فاختلف الناس فيه فذهب الشافعى فى الجديد الى أن أرشها نصف أرش الرجل فى جميع الجراحات والأعضاء ، وبه قال على بن أبى طالب والليث بن سعد وابن أبى ليلى وابن شبرمة والثورى وأبو حنيفة وأصحابه .

وقال فى القديم : تساوى المرأة الرجل الى ثلث الدية ، فاذا زاد الأرش على ثلث الدية كانت على النصف من الرجل وبه قال ابن عمر وربيعة لما روى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديته » رواه النسائى والدارقطنى ، وهو من رواية اسماعيل بن عياش عنه ، وقد صحح هذا الحديث ابن خزيمة .

وقال فى بداية المجتهد « ان الأشهر عن ابن مسعود وعثمان وشريح وجماعة أن دية جراحة المرأة مثل دية جراحة الرجل الا الموضحة فانها على النصف .

وحكى فى البحر عن زيد بن ثابت وسليمان بن يسار أنهما يستويان

الى أن يبلغ أرشها خمس عشرة من الابل • وعن الحسن البصرى يستويان الى النصف ثم ينصف •

وحكى في البيان عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه تساوى المرأة الرجل الى ثلث الدية ٪ فاذا بلغت الى ثلث الدية كانت على النصف ، وبه قال سعيد بن المسيب ومالك وأحمد واسحاق • وروى أن ربيعة الرأى قال : قلت لابن المسيب كم فى أصبع المرأة ؟ قال عشر من الابل ؛ قلت كم فى أصبعين ؟ قال عشرون ؛ قلت : كم فى ثلاث أصابع ؟ قال ثلاثون ، قلت كم فى أربع أصابع ؟ قال : عشرون من الابل قلت : حين عظم جرحها واشتدت مصيبتها نقص عقلها قال سعيد أعراقى أنت ؟ قلت : بل عالم متثبت أو جاهل متعلم • قال هى السنة يا ابن أخى • رواه مالك فى الموطأ والبيهقى فى سننه •

دليلنا حديث عمرو بن حزم أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « دية المرأة على النصف من دية الرجل » ولم يفرق بين القليل والكثير ؛ ولأنه جرح له أرش مقدر فوجب أن يكون فى أرشه على النصف من أرش الرجل أصله مع كل طائفة ما وافقتنا عليه ، وأما حديث عمرو بن شعيب وابن المسيب فهما مرسلان •

قوله : ويجب فى ثديى المرأة الدية ــ لأن فيهما جمالا ومنفعة الخ ــ وهذا صحيح ، أما الجمال فظاهر لأنهما دليل على الأنوثة وتوفر خصائص الاغراء وجذب الرجل نحوها • وأما المنفعة فلأن وظيفتهما تحقيق خصائص الأمومة ؛ اذ بهما يحبى الصبى فيلتهمهما ويلتقمهما فيدران لبنا يعيش وينمو به ؛ ولأن الدية اذا كانت واجبة فى أذنها وهى أقل جمالا ومنفعة من ثديها فلأن تجب فى الثدى أولى ، ويجب فى أحدهما نصف الدية لأن كل اثنين وجبت الدية فيهما وجب فى أحدهما نصفها كاليدين •

والثديان اللذان يجب فيهما الدية هما الحلمتان ، وهما رأس الثدى اللذان يلتقمهما الصبى ؛ لأن الجمال والمنفعة يوجدان فيهما ، فان قطع

قاطع الحلمتين ثم قطع آخر باقى الحلمتين ثم قطع آخر باقى الثديين وجب على الأول الدية وعلى الثانى الحكومة كما لو قطع رجل الأصابع وقطع آخر بعده الكف ، وقد أوهم المزنى فى الثديين بعد الحلمتين الدية حين قال : وفى الثديين الدية وفى حلمتهما ديتان ، وليس بشىء : وقد بينه فى الأم .

وان قطع الحلمتين والثديين من أصلهما ففيه وجهان حكاهما المسعودى:

(أحدهما) يجب الدية فى الحلمتين والحكومة فى الثديين ، كما لو قطع الحلمتين ثم قطع الثديين .

(والثانى) وهو قول البغداديين من أصحابنا أنه لا يجب عليه الا دية ، كما لو قطع السن مع سنخها .

فرع قال الشافعى : فان قطع ثديها فأجافها فعليه نصف الدية للثدى وثلث دية للجائفة ، وان قطع ثدييها وأجافها فعليه فى الثديين كمال الدية وفى الجائفتين ثلثا الدية ، لأن كل واحد منهما فيه دية مفردة اذا انفرد ، فاذا اجتمعا وجب فى كل واحد منهما ديته ، كما لو قطع أذنه فذهب سمعه ، وان قطع ثديها وشيئا من جلد صدرها ففى الثدى الدية وفى الجلد الحكومة . وان جنى عليهما فشلا وجبت فيهما الدية ، لأن كل عضو وجبت الدية فى قطعه وجبت فى شلله . وصورة ذلك أن يضرب الثدى ضربة يصل أثرها الى الخلايا الداخلية للثدى فتحدث فيه أليافا تشل نموه كما تشل وظيفته عن ادرار اللبن ، فان لم يشلا ولكن استرخيا وكانا ناهدين ــ أى مرتفعين ــ وجبت فيهما الحكومة ، لأنه نقص جمالهما وان كان لهما لبن فجنى عليهما فانقطع لبنهما أو نقص وجبت فيهما الحكومة ، لأنه نقص منفعتهما . وان جنى عليهما قبل أن ينزل اللبن فلم ينزل فى وقته ــ فان قال أهل الخبرة ــ ان انقطاع اللبن لا يكون الا من الجناية وجبت عليه الحكومة . وان قالوا : قد ينقطع من غير جناية لم تجب الحكومة ، لأنه لا يعلم أن انقطاعه من الجناية .

فـــرع وان قطع حلمتى الرجل فقال الشافعى رضى الله عنه فى موضع : فيهما الحكومة . وقال فى موضع : قد قيل ان فيهما الدية ، فمن أصحابنا من قال : فيه قولان (أحدهما) يجب فيهما الدية ؛ لأن كل عضو اشترك فيه الرجل والمرأة كانت الدية فيـه تجب من المرأة تجب فيـه من الرجل كاليدين والرجلين .

(والثانى) لا يجب فيهما الدية لأنه لا منفعة فيهما من الرجل وانمـا فيهما جمال ومنهم من قال ا لا يجب فيهما الدية قولا واحداً لما ذكرناه فى أحد قوليه ؛ وما ذكرناه من قوله الآخر فليس بقول له ، وانما حكى قول غيره .

فـــرع وان كان للخنثى المشكل ثديان كثدى المرأة فهل يكونان دليلا على أنوثيته ؟ فيه وجهان .

قال أبو على الطبرى : يكونان دليلا على أنوثيته لأنهما لا يكونان الا للمرأة . وقال عامة أصـحابنا : لا يكونان دليلا على أنوثيته لأنهمـا قد يكونان للرجل ؛ فان قطعهما قاطع ؛ فان قلنـا تجب الدية فى ثدى الرجل وجبت ها هنا دية ثدى امرأة لأنه اليقين ، فان قلنا لا تجب الدية فى ثدى الرجل لم يجب ها هنا الا الحكومة وان ضرب ثدى الخنثى وكان ناهداً فاسترسل ولم يجعله دليلا على أنوثيته . قال القاضى أبو الفتوح : لم يجب على الجانى حكومة ، لأنه ربما كان رجلا ولا جمال له فيهما ، ولا يلحقه نقص باسترسالهما ؛ فان بان امرأة وجبت الحكومة . وان كان للخنثى لبن فضرب ضارب ثديه فانقطـع لبنه : فان قلنـا بقول أبى على وجبت عليـه الحكومة ، وان قلنا بقول عامة أصحابنا بنى على الوجهين فى لبن الرجل ؛ هل يحكم بطهـارته ويثبت التحـريم والحرية بارضاعه . ويجوز بيعـه ويضمن ، فان قلنا تثبت هذه الأحكام يجب ها هنا الحكومة . وان قلنا : لا تثبت هذه الأحكام لم تجب ها هنا الحكومة ، ولكن يعزر به الجانى اذا كان عامداً للتعدى .

مسألة وله « اسكتي المرأة » الاسكة وزان سدرة وفتح الهمزة لغة قليلة جانب فرج المرأة وهما اسكتان والجمع سك مثل سدر •

قال الأزهري : الاسكتان ناحيتا الفرج ، والشفران طرفا الناحيتين ، وأسكت المرأة بالبناء للمفعول أخطأتها الخافضة فأصابت غير موضع الختان فهي مأسوكة • وقال الشافعي رضي الله عنه : وفي اسكتيها هما شفراها اذا أوعبتا ديتهما قال في البيان وجملة في ذلك أن الاسكتين وهما اللحمان المحيطان بالفرج كاحاطة الشفتين بالفم ولم يفرق الشافعي بين الاسكتين والشفرين •

وأهل اللغة يقولون الشفران حاشية الاسكيتين ، كما أن أشفار العينين أهدابهما فاذا قطعهما قاطع وجبت عليه الدية ؛ لأن فيهما جمالا ومنفعة ، فأما الجمال فظاهر وأما المنفعة فان لذة الجماع بهما ا هـ •

فان قطع احداهما وجب عليه نصف الدية ؛ لأن كل اثنتين وجبت فيهما الدية وجب في احداهما نصف الدية كاليدين ؛ ولا فرق بين شفرى الصغيرة والعجوز ، والبكر والثيب ؛ وسواء كانتا صغيرتين أو كبيرتين ، رقيقتين أو غليظتين كما قلنا في الشفتين ؛ وسواء كانت قرناء أو رتقاء ، لأن ذلك عيب في غيرهما ، وسواء كانت مخفوضة أو غير مخفوضة[1] لأن الخفض لا تعلق له بالشفرين • فان جنى على شفريها فشلا وجبت عليه الدية[2] ، لأن كل عضو وجبت الدية بقطعه وجبت بشلله كاليدين •

وان قطع الشفرين والركب (بفتح الراء وسكون الكاف) ، وهو عانة المرأة التي ينبت فيها الشعر وجبت الدية في الشفرين والحكومة في الركب • هكذا أفاده الشافعي في باب الجناية على ركب المرأة من الأم •

---

(١) الخفض قطع جزء من البظر ، وهو بالنسبة للاناث كالختان للذكران عند بعض الشعوب . وفي حديث أم عطية الأسدية « أخفضي ولا تنهكي ، فانه أغض البصر وأحصن للفرج » .

(٢) شللهما بأن ينفتحا فلا يقفلان ، أو يقفلا فلا يفتحان .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــــل قال الشافعي رحمه الله : اذا وطىء امراة فافضاها وجبت عليه الدية . واختلف أصحابنا فى الافضــاء ، فقال بعضهم : هو ان يزيل الحاجز الذى بين الفرج وثقبة البول ، وهو قول الشيخ ابى حامد الاسفراينى رحمه الله . وقال بعضهم : هو ان يزيل الحــاجز الذى بين الفرج والدبر ، وهو قول ابى على بن ابى هريرة وشيخنا القاضى أبى الطيب الطبرى ، لأن الدية لا تجب الا باتلاف منفعة كاملة ، ولا يحصل ذلك الا بازالة الحاجز بين السبيلين ، فأما ازالة الحاجز بين الفرج وثقبة البول فلا تتلف بها المنفعة ، وانما تنقص بها المنفعة ، فلا يجوز أن يجب بهــا دية كاملة . وان افضــاها واسترسل البول وجب مع دية الافضاء حكومة النقص الحاصل باسترسال البول ، وان افضاها والتأم الجرح وجبت الحكومة دون الدية ، وان أجاف جائفة والتأمت لم يسقط ارشــها ، والفرق بينهما ان أرش الجــائفة وجب باسمها فلم يسقط بالالتئام ، ودية الافضاء وجبت بازالة الحاجز ، وقد عاد الحاجز فلم تجب الدية .

فصـــــل ولا يجب فى اتلاف الشعور غير الحكومة ، لأنه اتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه غير الحكومة ، كاتلاف العين القائمة واليد الشلاء.

فصـــــل ويجب فى تعويج الرقبــة وتصــعير الوجه الحكومة ، لأنه اذهاب جمال من غير منفعة فوجبت فيه الحكومة ، فان كسر الترقوة أو كسر ضلعاً فقد قال فى موضع آخر : يجب فيه جمل ، وقال فى موضع : تجب فيه الحكومة . واختلف اصحابنا فيه فقال ابو اسحاق وابو على بن ابى هريرة تجب فيه الحكومة قولا واحداً ، والذى قال فيــه جمل ، أراد على ســبيل الحكومة ، لأن تقدير الأرش لا يجوز الا بنص أو قياس على اصل ، وليس فى هذا نص ولا له اصــل يقاس عليــه ، وقال المزنى وغيره : على قولين وهــو الصحيح .

(احدهما) انه يجب فيه جمل لما روى اسلم مولى عمر عن عمر رضى الله عنه انه قضى فى الترقوة بجمل ، وفى الضلع بجمل . وقول الصحابى فى قوله القديم حجة تقدم على القياس .

(والقول الثانى) وهو الصحيح انه يجب فيه حكومة ، لأنه كسر عظم فى غير الراس والوجه فلم يجب فيه ارش مقدر ككسر عظم الساق ، وما روى عن عمر يحتمل انه قضى به على سبيل الحكومة ، ولأن قول الصحابى ليس بحجة فى قوله الجديد) .

الشرح اللغات قوله : الافضاء مأخوذ من الفضـــاء وهو المكان الواسع ، ويكون بمعنى الجماع كقوله تعالى : « وقد أفضى بعضكم الى بعض » ويكون اللمس كقوله صلى الله عليه وسلم : « اذا أفضى أحدكم بيده الى ذكره فليتوضأ » •

وقوله : « تصعير الوجه » الصعر بالتحريك ميل في العنق وانقـلاب الوجه الى أحد الشدقين : وربما كان الانسان أصعر خلقة ، أو صـعره غيره بشيء يصيبه ، وهو مصـدر من باب تعب ؛ وصـعر خده بالتثقيل وصاعره أماله عن الناس اعراضا وتكبراً ، والترقوتان العظمـان الناتئان أعلى الصـدر والجمع تراقي • قال تعـالى : « كلا اذا بلغت التراقي » والضلع كعنب وقد تسكن واحدة الأضلاع •

اما الأحكام فقد قال الشافعي رضي الله عنه : ولو أفتضها فأفضاها أو أفضاها وهي ثيب كانت عليه ديتها ؛ لأنها جناية واحدة وعليه مهر مثلها • وجملة ذلك أنه اذا وطيء امرأة فأفضاها أو أفضاها بغير الوطء ، وقد نص عليـه بقوله في الأم : ولو افتضتها امرأة أو رجل بعود بلا جمـاع كانت عليهما ديتها . وليس هذا من معنى الجائفة بسبيل • ا هـ •

وقد اختلف أصحابنا في كيفية الافضـاء ، فقـال الشـيخ أبو حامد الاسفراييني هو أن يجعل مسلك البول ومسلك الذكر واحداً ؛ لأن ما بين القبـل والدبر فيـه بعـد وقـوة فلا يرفعه الذكر ، ولأنهم فرقوا بين أن يستمسك البول أو لا يستمسك ، وهذا انما يكون اذا انخرق الحاجز بين مسلك البول ومدخل الذكر وقال أبو علي بن أبي هريرة : وهو أن يزيل الحاجز بين الفرج والدبر ، وهو قول القاضي أبي الطيب والجويني •

قال الشيخ أبو اسحاق : لأن الدية لا تجب الا باتلاف منفعة كاملة ، ولا يحصل ذلك الا باتلاف الحاجز بين السبيلين ، فأما ازالة الحاجز بين الفرج وثقبة البول فلا تتلف بها المنفعة وانما تنقص بها المنفعة ، فلا يجوز أن تجب فيه دية كاملة ، وذكر ابن الصباغ له علة أخرى فقال : لأنه ليس

في البدن مثله ؛ ولو كان المراد به ما بين مسلك البول ومسلك الذكر لكان له مثل ؛ وهو ما بين القبل والدبر ولا يجب فيه الدية ، فان أفضاها واسترسل البول ولم يستمسك وجب عليه مع دية الافضاء حكومة للشين الحاصل باسترسال البول •

اذا ثبت هذا فلا تخلو المرأة المفضاة اما أن تكون زوجة أو أجنبية أكرهها على الوطء أو وطئها بشبهة ، فان كانت زوجته فأفضاها ــ فان كان البول مستمسكا ــ فقد استقر عليه المهر بالوطء ووجبت عليه دية الافضاء ؛ وان أفضاها بالوطء واسترسل البول وجب عليه المهر ودية الافضاء والحكومة لاسترسال البول •

وقال أبو حنيفة : لا يجب عليه دية الافضاء ، وانما عليه المهر فقط أو لها أكثر الأمرين من مهر مثلها أو ارش افضائها لأن الأرش لاتلاف العضو فلا يجمع بين ضمانه وضمان منفعته كما لو قطع عينا •

ولنا أن هذه جناية تنقل عن الوطء فلم يدخل بدله فيها ؛ كما لو كسر صدرها وما ذكروه غير صحيح ، فان المهر يجب لاستيفاء منفعة البضع ؛ والدية تجب لاتلاف الحاجز ؛ فلا تدخل المنفعة فيه • وقال أحمد وأصحابه: عليه المهر وأرش اتلاف العضو وقدره ثلث الدية •

قلت : الواجب عندنا الدية لأنها جناية وقعت بالوطء فلم يسقط حكمها باستحقاق الوطء ، كما لو وطئها وقطع ثديها أو شجها •

وان كانت أجنبية فأكرهها على الوطء وأفضاها وجب عليه المهر ودية الافضاء ؛ وان استرسل البول وجب عليه الحكومة مع دية الافضاء ، وقال أحمد وأصحابه : يلزمه ثلث ديتها ومهر مثلها لأنه حصل بوطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه ضمان ما أتلف كسائر الجنايات •

وقال أبو حنيفة : لا يجب المهر ، وأما الافضاء ــ فان كان البول لا يحتبس فعليه دية ــ وان كان يحتبس فعليه ثلث دية ، وبه قال ابن عمر.

رضى الله عنهما • دليلنا على ايجاب المهر أنه وطء فى غير ملك لا حد فيه على الموطوء فوجب على الواطىء المهر كما لو وطئها بشبهة ، وعلى الجانى الدية لأنه افضاء مضمون فوجب فيه الدية ، كما لو لم يحتبس البول • فقولنا مضمون احتراز منه. اذا وطىء أمته فأفضاها •

اذا ثبت هذا فان كانت ثيبا وجب عليه مهر ثيب ، وان كانت بكراً وجب عليه المهر والدية ويدخل أرش البكارة فى الدية •

ومن أصحابنا من قال : لا يدخل أرش البكارة ، كما لو أكره بكراً فوطئها وأفضاها • فان أرش البكارة لا يدخل فى المهر ، والمذهب الأول ؛ لأن الدية تجب باتلاف عضو وأرش البكارة باتلاف العضو فتداخلا ، والمهر يجب بغير ما تجب به الدية وهو الوطء فلم يتداخلا ، وان وطئها بشبهة أو عقد فاسد وأفضاها وجب عليه المهر والدية •

وقال الحنابلة : اذا أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها فقالوا بقولنا فى العلة ؛ اذ أنه وطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه ضمان ما أتلف كسائر الجنايات • واختلفوا فى الدية فجعلوها على الثلث وهل يلزمه أرش البكارة مع ذلك ؟ عندهم روايتان ذكرهما ابن قدامة فى المغنى •

(احداهما) لا يلزمه لأن أرش البكارة داخل فى مهر المثل ؛ فان مهر البكر أكثر من مهر الثيب ؛ فالتفاوت بينهما هو عوض أرش البكارة فلم يضمنه مرتين كما فى حق الزوجة •

(والثانية) يضمنه لأنه محل أتلفه بعدوانه فلزمه أرشه كما لو أتلفه بأصبعه •

فاذا أفضاها وترتب على ذلك استرسال بولها وجبت عليه مع الدية الحكومة وان كانت بكراً فهل يدخل أرش البكارة فى الدية ؟ على وجهين كما قلنا فى اكراهها وقال أحمد لزمته الدية من غير زيادة وقال أبو حنيفة

لا يجب لها دية الافضاء لأنه تولد من مأذون فيه وهو الوطء . فهو بمنزلة اذهاب البكارة . ودليلنا أن الافضاء ينفك عن الوطء ، فكان مضمونا مع الاذن في الوطء ككسر الصدر ويخالف اذهاب البكارة فانه لا ينفك عن الوطء .

فــرع اذا أفضى الخنثى المشكل ؛ قال القاضى أبو الفتوح : فان قلنا الافضــاء ما ذكره الشــيخ أبو حامد لم تجب الدية لأنه ليس بفرج أصلى ، وانما تجب الحكومة . وان وجد في فرج الخنثى المسلكان . وان لم يوجد فيه الا مسلك البول فلا يتصور فيه الافضاء على هذا .

وان قلنا : ان الافضاء ما ذكره القاضى أبو الطيب فعلى تعليل قول ابن الصباغ حيث قال : لأنه ليس في البدن مثله تجب ها هنا دية الافضــاء ؛ وعلى تعليل قول الشــيخ أبى اسحاق هنــا حيث قال : لا تجب الدية الا باتلاف منفعة كاملة لا تجب الدية بافضاء الخنثى ، وانما تجب الحكومة .

وان افتض البكارة من فرج الخنثى المشكل ؛ قال القاضى أبو الفتوح: فان الحكومة تجب ولكن لا بموجب حكومة البكارة وانما بموجب حكومة جراح وأرش جناية وألم ، لأن البكارة لا تكون الا في الفرج الأصلى .

فــرع قال العمرانى فى البيان : وكل موضــع قلنا تجب الدية بالافضاء فان العمد المحض يتصور فى الافضاء ، وهو أن يطأها صــغيرة أو ضعيفة هزيلة الغالب افضاؤها فتجب الدية مغلظة فى ماله ؛ ويتصــور فيه عمد الخطأ ؛ مثل أن يقال قد يفضيها وقد لا يفضيها والغالب أنه لا يفضيها؛ فإن أفضاها فهو عمد خطأ فتجب فيه دية مغلظة على عاقلته . وهل يتصور فيه الخطأ المحض بالوطء ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) أنه يتصور ، مثل أن يقــال لا يفضى فأفضــاها أو كان له زوجة قد تكرر وطؤه لها فوجد امرأة على فراشه فظنهــا زوجته فوطئهــا فأفضاها فتكون خطأ محضا ، كما لو رمى هدفا فأصاب انسانا فتجب فيه دية مخففة على العاقلة .

(والثانى) لا يتصور فيه الخطأ المحض ؛ لأنه يكون قاصداً الى الفعل بكل حال • ا هـ •

مسألة الشعور لا يجب فيها قصاص ولا دية ، قال بهذا أبو بكر الصديق وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ، وبهذا قال أحمد وأصحابنا ، وقال أبو حنيفة : تجب فى شعر الرأس الدية وفى شعر الحاجبين الدية ، وفى أهداب العينين الدية وفى اللحية الدية ، وهو اذا لم ينبت هذا الشعر بعد حلقه له •

واختلف أصحاب أبي حنيفة فى لحية الكوسج • ويقال له الأثط ، وهو الذى لا شعر في عارضيه ، فقال الزيلعي : والأصح أنه اذا كان على ذقنه شعرات معدودة وليس فى حلقه شيء لا يجب فيها شيء • لأن وجودها يشينه ولا يزينه وان كان على الخد والذقن جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل ، وان كان متصلا ففيه كمال الدية لأنه ليس بكوسج وفى لحيته جمال كمال • ا هـ •

وهم يستدلون بما روى أن رجلا أفرغ على رجل قدراً فتمعط شعره ؛ فأتى علياً فقال له : اصبر سنة ، فصبر فلم ينبت شعره فقضى فيه بالدية •

دليلنا أنه اتلاف شعر فلم يكن فيه أرش مقدر كأرش الشارب والصدر ؛ وما روى عن على رضى الله عنه يعارضه ما روى عن أبى بكر الصديق وزيد بن ثابت أنهما لم يوجبا الدية •

اذا ثبت هذا فانه اذا حلق شعر رجل وطرح عليه شيئا فتمعط ــ فان نبت كما كان من غير زيادة ولا نقصان ــ لم يجب على الجانى شيء كما لو قلع سن صغير ثم نبت ، فان لم ينبت أصلا وأيس من نباته وجبت فيه حكومة للشين الحاصل بذهابه • ولابن قدامة من الحنابلة قوله ، ولا تجب الدية الا بذهابه على وجه لا يرجى عوده ؛ مثل أن يقلب على رأسه ما يتلف منبت الشعر فينقلع بالكلية بحيث لا يعود ، فان رجى عوده الى مدة انتظر

اليها ؛ وان عاد قبل أخذ الدية لم تجب ، فان عاد بعد أخذها ردها ، والحكم فيه عندهم كالحكم فى ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده وفيما لا يرجى .

فرع اذا نبت للمرأة لحية فحلقها حالق فلم تنبت فهل تجب فيها الحكومة ؟ فيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج انه لا حكومة فيها ؛ لأن بقاء اللحية فى حقها شين وزوالها فى حقها زين (والثانى) وهو المنصوص أنه يجب فيها الحكومة ؛ لأن ما يجب ضمانه من الرجل ضمن من المرأة كسائر الأعضاء ، قال الشافعى رحمه الله : الا أن الحكومة فيها أقل من الحكومة فى لحية الرجل ؛ لأن للرجل جمالا بها ولا جمال بها للمرأة ، وانما الحكومة للألم والعدوان واذا ثبت هذا فان نبت للخنثى المشكل لحية ، فهل تكون دليلا على ذكوريته ؟ فيه وجهان .

قال أبو على الطبرى : يكون دليلا على ذكوريته ؛ فعلى هذا اذا نتفها رجل ولم تنبت كان عليه حكومة كالحكومة فى لحية الرجل ؛ وقال عامة أصحابنا لا يكون دليلا على ذكوريته ؛ فعلى هذا اذا نتفها رجل ولم تنبت كان فى وجوب الحكومة فيها وجهان كلحية المرأة .

مسألة قال الشافعى رضى الله عنه « وفى الترقوة جمل ؛ وفى الضلع جمل » وقال فى موضع « يجب فى كل واحد منهما حكومة » واختلف أصحابنا فيهما : فذهب المزنى وبعض أصحابنا الى أن فيهما قولين (أحدهما) يجب فى كل واحد منهما أرش مقدر ، و (الثانى) انما يجب فيهما حكومة ، وبه قال مالك وأبو حنيفة واختاره المزنى وهو الأصح ؛ لأنه كسر عظام باطن لا يختص بجمال ومنفعة فلم يجب فيه أرش مقدر كسائر عظام البدن ، وما روى عن عمر رضى الله عنه فيحتمل أنه قضى بذلك على سبيل الحكومة ، فمنهم من قال : لا يجب فيه أرش مقدر وانما تجب الحكومة قولا واحداً لما ذكرناه ؛ ولأن قول الصحابى ليس بحجة فى قوله الجديد ، وقد عرفنا أن بعض الصحابة رضى الله عنهم كان يفتى فى المسألة فيبلغه عن النبى صلى الله عليه وسلم خلافها فيرجع عن قولة ، وقد فعل

أبو بكر فى ميراث الجــدة ذلك ، وكذلك فعل عمر فى الاســتئذان ثلاثا ورجع عن انكاره لقــول أبى موسى ، ولم يعرف حكم املاص المرأة حتى سأل عنه فوجده عند المغيرة ، وباع معاوية سقاية من ذهب فأكثر من وزنها حتى أنكر عليه ذلك عبادة بن الصامت ، وكذلك رد الحيض وقســمة مال الكعبة .

ويسمى الفقهاء قول الصحابى أثراً وكذلك بعض المحدثين ، بيــد أن تعريفه عند المحــدثين « موقوف » وعزا ابن الصــلاح تســميته أثراً الى الخراسانيين قال : وبلغنا عن أبى القاسم الفورانى أنه قال : الخبر ما كان عن رسول الله صلى الله عليه وسلم والأثر ما كان عن الصحابى .

قال ابن كثير : ومن هذا يسمى كثير من العلماء الكتاب الجامع لهذا ، وهذا بالسنن والآثار ، ككتابى السنن والآثار للطحاوى والبيهقى وغيرهما اهـ . على أن مالكا كان يأخذ قول الصحابى لا على أنه رأى له وانما على أنه حديث لم يسنده الصحابى الى النبى صلى الله عليه وسلم وعلى هــذا جاء عنه أنه كان يقدم الموقوف على المرفوع أحيانا ، ولا يخفى ما فيه مما تجنبه الامام الشافعى فى الجديد ، وكان يأخذ به فى القديم .

اذا ثبت هذا فان الضلع معروف ، وأما الترقوة فهى العظم المدور فى النحر الى الكتف ، ولكل واحد ترقوتان ، وفى كل ترقوة حكومة على أصح القولين ، والثانى بعير ، وهذا قول عمر بن الخطاب ، وبه قال سـعيد بن المسيب ومجاهد وعبد الملك بن مروان وسعيد بن جبير وقتادة واسحاق .

وقال أحمد وأصحابه : فى كل ترقوة بعيران . وقال ابن قدامة عنــد قول الخــرقى وفى الترقوة بعيران : وقال القــاضى المراد بقول الخرقى الترقوتان معاً ، وانما اكتفى بلفظ الواحد لادخال الألف واللام المقتضية للاستغراق ، فيكون فى كل ترقوة بعير .

وقال أبو حنيفة : فى كل واحــدة منهما حكومة ، وهــو أظهر قولى الشافعى كما قدمنــا ، وبه قال مالك ومسروق وابن المنــذر ، وروى عن

الشعبي أن في الترقوة أربعين ديناراً ، وقال عمرو بن شعيب : في الترقوتين الدية ، وفي احداهما نصفها لأنهما عضوان فيهما جمال ومنفعة ، وليس في البدن غيرهما من جنسهما فكملت فيهما الدية كاليدين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان لطم رجلا أو لكمه أو ضربه بمثقل - فان لم يحصل به أثر - لم يلزمه ارش ، لانه لم يحصل به نقص في جمال ولا منفعة فلم يلزمه ارش . وان حصل به شين بان اسود او اخضر وجبت فيه الحكومة لما حصل به من الشين ، فان قضى فيه بالحكومة ثم زال الشين سقطت الحكومة ، كما لو جنى على عين فابيضت ثم زال البياض . وان فزع انسان فاحدث في الثياب لم يلزمه ضمان مال لأن المال انما يجب في الجناية اذا احدثت نقصا في جمال او منفعة ، ولم يوجد شيء من ذلك .

فصـــل اذا جنى على حر جناية ليس فيها ارش مقدر نظرت ، فان كان حصل بها نقص في منفعة او جمال ، وجبت فيها حكومة ، وهو أن يقوم المجني عليه قبل الجناية ، ثم يقوم بعد اندمال الجناية ، فان نقص العشر من قيمته وجب العشر من ديته ، وان نقص الخمس من قيمته وجب الخمس من ديته ، لانه ليس في أرشه نص فوجب التقدير بالاجتهاد ، ولا طريق الى معرفة قدر النقصان من جهة الاجتهاد الا بالتقويم .

وهذا كما قلنا في المحرم اذا قتل صيداً وليس في جزائه نص انه يرجع الى ذوى عدل في معرفة مثله ، ان كان له مثل من النعم ، او الى قيمته اذا لم يكن له مثل ، ويجب القدر الذى نقص من قيمته من الدية ، لأن النفس مضمونة بالدية فوجب القدر الناقص منها ، كما يقوم المبيع عند الرجوع بارش العيب ، ثم يؤخذ القدر الناقص من الثمن حيث كان المبيع مضموناً بالثمن .

وقال اصحابنا : يعتبر نقص الجناية من دية العضو المجني عليه ، لا من دية النفس ، فان كان الذى نقص هو العشر والجناية على اليد وجب عشر دية اليد وان كانت على اصبع وجب عشر دية الأصبع ، وان كانت على الراس فيما دون الموضحة وجب عشر أرش الموضحة ، وان كانت على الجسد فيما دون الجائفة وجب عشر أرش الجائفة ، لانا لو اعتبرناه من دية النفس لم نأمن أن تزيد الحكومة في عضو على دية العضـــو ، والمذهب الأول وعليه التفريع ، لانه لـــا وجب تقـويم النفس وجب ان يعتبر النقص من دية النفس ، ولأن الاعتبـــار النقص من دية العضـــو يؤدى الى ان يتقارب الجنـــايتان ويتباعد الأشان ، بان تكون الحكومة في الســـمحاق فتوجب فيه عشر ارش الموضحة

فيتباعد ما بينها وبين أرش الموضحة مع قربها منها . فان كانت الجناية على أصبع تبلغت الحكومة فيها أرش الأصبع أو على الراس ، فبلغت الحكومة فيها أرش الموضحة ، نقص الحاكم من ارش الأصبع ومن ارش الموضحة شيئاً على قدر ما يؤدى اليه الاجتهاد ، لانه لا يجوز أن يكون فيما دون الاصبع او الموضحة ما يجب فيها . وان كانت الجناية فى الكف فبلغت الحكومة ارش الاصابع نقص شيئاً من ارش الأصابع ، لأن الكف تابع للأصابع فى الجمال والمنفعة فلا يجوز أن يجب فيه ما يجب فى الأصابع) .

الشرح اذا جنى على رجل جناية لم يحصل بها جرح ولا كسر ولا اتلاف حاسة بأن لطمه الجانى او لكمه أو ضربه بخشبة ، فلم يجرح ولم يكسر نظرت ، فان لم يحصل به أثر أو حصل به سواد[1] أو خضرة ثم زال لم يجب على الجانى أرش ؛ لأنه لم ينقص شيئا من جماله ولا من منفعته ويعزر الجانى لتعديه . وان اسود موضع الضرب أو احمر أو اخضر ينظر الى الوقت الذى يزول فيه مثل ذلك فى العادة ؛ فان لم يزل وجبت على الجانى حكومة ، لأن فى ذلك شيئاً ، فان اخذت منه الحكومة ثم زال ذلك الشين وجب رد الحكومة . كما لو ابيضت عينه فأخذ أرشها ثم زال البياض .

وان جنى على حر جناية نقص بها جمال أو منفعة ولا أرش لها مقدر فقد ذكرنا أنه يجب فيها حكومة .

وكيفية ذلك أن يقوم هذا المجنى عليه قبل الجناية ثم يقوم بعد اندمال الجناية ، فان بقى للجناية شين ونقصت قيمته به وجب على الجانى من الدية بقدر ما نقص من القيمة ؛ وان نقص العشر من قيمته نقص العشر من ديته ، وان نقص التسع من قيمته وجب التسع من ديته . لأنه لما اعتبر العبد بالحر فى الجنايات التى لها أرش مقدر اعتبر الحر بالعبد فى الجنايات التى ليس لها أرش مقدر الا بالتقويم كما أنه لا يعلم أرش المبيع الا من جهة التقويم .

---

(١) احتقان تحت الجلد يحدث من رض جسم صلب بمكان الاصابة .

ولما كان الانسان لا يباع فى زماننا هذا ولا يوجد رق نستند اليه فى تقويم الحر بقيمة العبد فانه يمكن اعتبار الانسان مقوماً بديته • وهذا أصل ثابت ، ثم يمكن اعتبار ما نقص منه من تشوهات ؛ ولا سبيل الى ذلك الا بقياس انتاجه • فان نقص عمله وانتاجه قدراً أخذ من الدية بقدر ما نقص من جهده . وذلك كما قلنا فى نقص السمع والبصر • وأما نقص الجمال فيمكن أيضاً حزره بالنسبة الى ديته ، لأن جملته مضمونة بالدية فكانت أجزاؤه مضمونة بجزء من الدية ؛ كما أن المبيع كان مضموناً على البائع بالثمن كان أرش العيب الموجود فيه مضمونا بجزء من الثمن ، ولا سبيل الى معرفة ما ليس فيه أرش مقدر بالتقويم ، كما أنه لا يعلم أرش المبيع الا جهة التقويم •

وحكى المصنف عن أصحابنا أنهم قالوا : يعتبر ما نقص من القيمة من دية العضو المجنى عليه لا من دية النفس ؛ فان كان الذى نقص هو عشر القيمة والجناية على اليد وجب عشر دية اليد ؛ وان كان على الأصبع وجب عشر دية الأصبع ؛ فان كان على الرأس والوجه فيما دون الموضحة وجب عشر دية الموضحة ؛ وان كان على البدن فيما دون الجائفة وجب عشر دية الجائفة • والمذهب الأول ؛ لأنه لما وجب تقويم النفس اعتبر النقص من ديتها ؛ ولأن القيمة قد تنقص بالسمحاق عشر القيمة ؛ فاذا أوجبنا عشر أرش الموضحة تقاربت الجنايتان وتباعد الأرشان •

اذا ثبت هذا فانه لا يبلغ بالحكومة أرش العضو المجنى عليه — فان كانت الجناية على الأصبع فبلغت حكومتها دية الأصبع أو على البدن مما دون الجائفة فبلغت الحكومة أرش الجائفة نقص الحاكم من الحكومة شيئا بقدر ما يؤديه اليه اجتهاده لأنه لا يجوز أن يجب فيما دون الأصبع ديتها ؛ ولا فيما دون الجائفة ديتها ، وان قطع كفاً لا أصبع له ففيه وجهان حكاهما الخراسانيون •

(أحدهما) لا يبلغ بحكومته دية أصبع (والثانى) لا يبلغ بحكومته دية خمس أصابع •

فـــرع قال الشافعي رضي الله عنه : « وان جرحه فشان وجهه أو رأسه شيئا يبقى ــ فان كان الشين أكثر من الجراح ــ أخذ بالشين ، وان كان الجراح أكثر من الشين أخــذ بالجراح ولم يرد للشين ؛ وجملة ذلك أنه اذا شجه فى رأسه أو وجهه شجة دون الموضحة ــ فان علم قدرها من الموضــحة ــ وجب بقدرها من أرش الموضــحة ؛ وان اختلف قدرها من الموضحة والحكومة وجب أكثرهمــا ؛ وقــد مضى بيان ذلك ؛ ولا تبلغ الحكومة فيما دون الموضحة أرش الموضحة .

وان كانت الموضحة على الحاجب فأزالته وكان الشين أكثر من أرش الموضحة وجب ذلك ، لأن الحاجب تجب بازالته حكومة ، فاذا انضم الى ذلك الايضاح لم ينقص عن حكومته .

فـــرع فى آخــر أول الفصــلين للمصنف قوله : « وان فزع انسان » بالتنــاء للجهــول مع التضعيف فأحدث حدثا فى ثيــابه من أحد السبيلين لم يلزم الجانى ضمان ؛ لأنه لم يصبه بنقص فى جمال ولا منفعة.

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل وان لم يحصل بالجناية نقص فى جمال ولا منفعة بان قطع اصبعاً زائدة او قلع سنا زائدة او اتلف لحية امرأة واندمل الموضع من غير نقص ففيه وجهــان (احدهما) وهو قول ابى العبــاس بن سريج انه لا شيء عليه لانه جناية لم يحصل بها نقص فلم يجب بها أرش ، كما لو لطم وجهــه فلم يؤثر (والثانى) وهو قول أبى اسحاق انه يجب فيه الحكومة لانه اتلاف جزء من مضمون فلا يجوز ان يعرى من أرش .

فعلى هذا ان كان قد قطع أصبعا زائدة قوم المجنى عليه قبل الجناية ثم يقوم فى أقرب أحواله الى الاندمال ثم يجب ما بينهما من الدية ، لانه لما سقط اعتبار قيمته بعد الاندمال قوم فى اقرب الأحوال اليه ، وهذا كما قلنا فى ولد المغرور بها لما تعذر تقويمه حال العلوق قوم فى اقرب حال يمكن فيه التقويم بعد العلوق وهو عنــد الوضع ، فان قوم ولم ينقص قوم قبيل الجنــاية ثم يقوم والدم جار ، لانه لابد أن تنقص قيمته لما يخاف عليه ، فيجب بقــدر ما بينهما من الدية ، وان قلع سنا زائدة ولم تنقص قيمته قوم . وليس له

خلف الزائدة سن اصلية ، ثم يقوم وليس له سن اصلية ولا زائدة ، ويجب بقدر ما بينهما من الدية ، وان اتلف لحية امراة قوم لو كان رجلا وله لحية، ثم يقوم ولا لحية له ، ويجب بقدر ما بينهما من الدية .

فصل وان جنى على رجل جناية لها ارش مقدر ثم قتله قبل الاندمال دخل ارش الجناية فى دية النفس ، وقال ابو سعيد الاصطخرى : لا يدخل لان الجناية انقطعت سرايتها بالقتل فلم يسقط ضمانها كما لو اندملت ثم قتله والمذهب الأول لأنه مات بفعله قبل استقرار الأرش ، فدخل فى ديته كما لو مات من سراية الجناية ، ويخالف اذا اندملت فان هناك استقر الأرش فلم تسقط .

فصل ويجب فى قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت لأنه مال مضمون بالاتلاف لحق الآدمى بغير جنسه فضمنه بقيمته بالغة ما بلغت كسائر الأموال وما ضمن مما دون النفس من الجزء بالدية كالانف واللسان والذكر والانثيين والعينين واليدين والرجلين ضمن من العبد بقيمته ، وما ضمن من الحر بجزء من الدية كاليد والاصبع والانملة والموضحة والجائفة ضمن من العبد بمثله من القيمة لانهما متساويان فى ضمان الجناية بالقصاص والكفارة ، فتساويا فى اعتبار ما دون النفس ببدل النفس ، كالرجل والمرأة والمسلم والكافر .

فصل وان قطع يد عبد ثم اعتق ثم مات من سراية القطع وجبت عليه دية حر ، لان الجناية استقرت فى حال الحرية ، ويجب للسيد من ذلك اقل الأمرين من ارش الجناية وهو نصف القيمة او كمال الدية ، فان كان نصف القيمة اقل لم يستحق اكثر منه لانه هو الذى وجب فى ملكه ، والزيادة حصلت فى حال لا حق له فيها ، وان كانت الدية اقل لم يستحق اكثر منها ، لان ما نقص من نصف القيمة بسبب من جهته وهو العتق .

فصل وان فقا عينى عبد او قطع يديه وقيمته الفا دينار ثم أعتق ومات بعد اندمال الجناية وجب على الجانى ارش الجناية ، وهو قيمة العبد ، سواء كان الاندمال قبل العتق او بعده ، لان الجرح اذا اندمل استقر حكمه ، ويكون ذلك لمولاه لانه ارش جناية كانت فى ملكه ، وان لم يندمل وسرى الى نفسه وجب على الجانى دية حر . وقال المزنى : يجب الأرش وهو الفا دينار لان السيد ملك هذا القدر بالجناية ، فلا ينقص ، وهذا خطأ لان الاعتبار فى الأرش بحال الاستقرار ، ولهذا لو قطع يدى رجل ورجليه وجب عليه ديتان ، فاذا سرت الجناية الى النفس وجب دية اعتباراً بحال الاستقرار ، وفى حال الاستقرار هو حر فوجبت فيه الدية ، ودليل قول المزنى يبطل بمن قطع يدى رجل ورجليه ثم مات فانه وجبت ديتان ثم نقصت بالموت .

فصــــل وان قطع حر يد عبد فاعتق ثم قطع حر آخر يده الأخرى ومات لم يجب على الأول قصاص لعدم التكافؤ فى حال الجناية وعليه نصف الدية لأن المجنى عليه حر فى وقت استقرار الجناية . واما الثانى ففيه وجهان:

(احدهما) وهو قول ابى الطيب بن سلمة انه يجب عليه القصــاص فى الطرف ولا يجب فى النفس ، لأن الروح خرجت من سراية قطعين ، واحدهما يوجب القود والآخر لا يوجب ، فسقط كحرين قتلا من نصفه حر ونصفه عبد.

(والثانى) وهو المذهب انه يجب عليه القصاص فى الطرف والنفس لأنهما متكافئان فى حال الجناية ، وقد خرجت الروح عن عمد محض مضمون ، وانما سقط القود عن احدهما لمعنى فى نفسه فلم يسقط عن الآخر ، كمـا لو اشرك حر وعبد فى قتل عبد ، ويخالف الحرين اذا قتلا من نصفه حر ونصفه عبد ، لأن كل واحد منهما غير مكافىء له حال الجناية ، فان عفى على مال كان عليــه نصف الدية لانهما شريكان فى القتل ، وللمولى الأقل من نصف قيمتــه يوم الجناية الأولى او نصف الدية ، فان كان نصف القيمة اقل او مثله كان له ذلك ، وان كان اكثر فله نصف الدية لان الحرية نقصت ما زاد عليه ، والفرق بينه وبين المسئلة قبلها ان الجناية هناك من واحد وجميع الدية عليه ، فقوبل بين ارش الجناية وبين الدية ، والجناية ههنا من اثنين والدية عليهما والثانى جنى عليه فى حال الحرية فقوبل بين ارش الجناية ، وبين النصف الماخوذ من الجانى على ملكه ، وكان الفاضل لورثته .

فصــــل وان قطع حر يد عبد ثم اعتق ثم قطع يده الأخرى نظرت ، فان اندمل الجرحان لم يجب فى اليد الأولى قصاص ، لأنه جنى عليه وهو غير مكافىء له ويجب فيها نصف ديتــه وتكون للاولى ، ويجب فى اليــد الأخرى القصاص لأنه قطعها وهو مكافىء له . وان عفى على المال وجب عليــه نصف الدية ، وان مات من الجراحتين قبل الاندمال وجب القصاص فى اليد الأخرى التى قطعت بعد عتقه ولم يجب القصاص فى النفس لأنه مات من جنايتين ، احداهما توجب القصاص والاخرى لا توجب ، فان اقتص منه فى اليد وجب عليه نصف الدية لأنه مات بجنايته ، وقد استوفى منه ما يقابل نصف الدية ، ويكون للمولى اقل الأمرين من نصف القيمة وقت الجناية او نصف الدية .

وان عفى عن القصــاص على مال وجب كمــال الدية ويكون المولى اقل الأمرين من نصف القيمة وقت الجناية ، او نصف الدية ، ولورثته الباقى ، لأن الجناية الثانية فى حال الحرية .

فصــــل وان قطع حر يد عبــد فاعتق ثم قطع آخر يده الأخرى ثم

قطع ثالث رجله ومات لم يجب على الأول القصاص فى النفس ولا فى الطرف لعدم التكافؤ ويجب عليه ثلث الدية ويجب على الآخرين القصاص فى الطرف وفى النفس على المذهب ، فان عفى عنهما كان عليهما ثلثا الدية ، وفيما يستحق المولى قولان (احدهما) اقل الامرين من ارش الجناية ، او ما يجب على هذا الجانى فى ملكه وهو ثلث الدية ، لأن الواجب بالجناية هو الأرش ، فاذا اعتق القلب وصار ثلث الدية ، فيجب أن يكون له اقل الأمرين ، فان كان الأرش اقل لم يكن له أكثر منه ، لأن هو الذى وجب بالجناية فى ملكه وما زاد بالسراية فى حال الحرية لا حق له فيه .

وان كان ثلث الدية اقل لم يكن له أكثر منه لانه هو الذى يجب على الجانى فى ملكه ونقص الأرش بسبب من جهته وهو العتق فلم يستحق اكثر منه .

والقول الثانى يجب له اقل الأمرين من ثلث الدية أو ثلث القيمة لان الجانى على ملكه هو الأول والآخران لا حق له فى جنايتهما ، فيجب أن يكون له أقل الأمرين من ثلث الدية او ثلث القيمة .

فان كان ثلث القيمة اقل لم يكن له أكثر منه ، لانه لما كان عبداً كان له هذا القدر وما زاد وجب فى حال الحرية فلم يكن له فيها حق ، وان كان ثلث الدية اقل لم يكن له أكثر منه ، لأن ثلث القيمة نقص وعاد الى ثلث الدية بفعله فلم يستحق أكثر منه .

فصل اذا ضرب بطن مملوكة حامل بمملوك فالقت جنينا ميتا وجب فيه عشر قيمة الأم لأنه جنين آدمية سقط ميتا بجنايته فضمن بعشر بدل الأم كجنين الحرة . واختلف اصحابنا فى الوقت الذى يعتبر فيه قيمة الأم ، فقال المزنى وابو سعيد الاصطخرى : تعتبر قيمتها يوم الاسقاط لانه حال استقرار الجناية والاعتبار فى قدر الضمان بحال استقرار الجناية ، والدليل عليه انه لو قطع يد نصرانى ثم اسلم ومات وجب فيه دية مسلم .

وقال أبو اسحاق : تعتبر قيمتها يوم الجناية ، وهو المنصوص لأن المجنى عليه لم يتغير حاله فكان اولى الأحوال باعتبار قيمتها يوم الجناية ، لأنه حال الوجوب ولهذا لو قطع يد عبد ومات على الرق وجبت قيمته يوم الجناية ، لأنه حال الوجوب ، وان ضرب بطن أمة ثم اعتقت والقت جنيناً ميتاً وجب فيه دية جنين حر لأن الضمان يعتبر بحال استقرار الجناية ، والجنين حر عند استقرار الجناية فضمن بالدية) .

الشرح اذا لم يبق للجناية شين بعد الاندمال أو بقى لها شين لم تنقص به القيمة ولم ينقص فلم تجب الحكومة ، كما لو لطمه فاسود الموضع ثم زال السواد . وقال أبو اسحاق وأكثر أصحابنا : عجب عليه الحكومة ، وهو المنصوص ؛ لأن الشافعى رضى الله عنه قال : وان تنف لحية امرأة أو شاربها فعليه الحكومة أقل من حكومة فى لحية الرجل ؛ لأن الرجل له فيها جمال ، ولا جمال للمرأة فيها ؛ ولأن جملة الآدمى مضمونة ، فاذا أتلف جزءاً منه وجب أن يكون مضموناً كسائر الأعيان ، فاذا قلنا بهذه فانه يقوم فى أقرب أحواله الى الاندمال ، لأنه لابد أن ينقص ، فان لم ينقص منه قوم قبله ، فان لم ينقص قوم والدم جار . وان تنف لحية امرأة وأعدمها النبات قال أبو اسحاق المروزى : اعتبرتها بعبد كبير فأقول : هذا العبد الكبير كم قيمته وله مثل هذه اللحية ؟ فان قيل مائة ؛ قلت فكم قيمته ولا لحية له ؟ فان قيل تسعون ، وجب على الجانى عشر دية المرأة . هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال الخراسانيون : يجب ما رآه الحاكم باجتهاده ، وان قطع أنملة لها طرفان فانه يجب فى الطرف الأصلى ديته ويجب فى الزائدة حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده ؛ ولا يبلغ به أرش الأصلى . هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال الخراسانيون : اذا قطع أصبعاً زائدة ففيه وجهان :

(أحدهما) يجب ما رآه الحاكم باجتهاده .

(والثانى) يقال : كم ينقص من قيمة العبد وقت الجناية ؟ وان قلع سنا زائدة وهو الخارج عن سمت الأسنان ومن ورائه الى داخل الفم سن أصلية فلم تنقص قيمته بقلعها فانه يقال : لو كان هذا عبدا كم كانت قيمته وله هذا السن الزائد وليس له ما وراءه من السن الأصلى ؛ لأن الزائد يسد الفرجة اذا لم يكن له السن الأصلية ؟ فان قيل مائة ، قيل فكم قيمته وليس له السن الزائد ولا الأصلى الذى من ورائه ؟ فان قيل تسعون علم أنه نقص عشر قيمته فيجب له عشر الدية .

فرع اذا كسر له عظما فى غير الرأس والوجه فجبره فانجبر فان

عاد مستقيما كما كان فقد قال القاضى أبو الطيب : هل تجب فيه الحكومة ؟ فيه وجهان كما قلنا فيه اذا جرحه جراحة لا أرش لها مقدر واندملت ولم يبق لها شين •

وقال الشيخ أبو حامد الاسفرايينى : تجب الحكومة فيه وجها واحداً لأنه لابد أن يبقى فى العظم بعد كسره وانجباره ضعف • وقال ابن الصباغ والأول أصح ، وان انجبر وبقى له شين وجبت فيه الحكومة أكثر مما لو عاد مستقيما ، وان انجبر وبقى له شين وجبت فيه الحكومة أكثر من الحكومة اذا بقى الشين من غير اعوجاج •

فـــرع • وان أفضى امرأة والتأم الجرح ، قال الشافعى رحمه الله : لم تجب الدية ، وان أجافه جائفة والتأمت الجائفة ففيه وجهان حكاهما أبو على فى الافصاح (أحدهما) لا يجب أرش الجائفة وانما يجب الحكومة كما قلنا فيه اذا أفضى امرأة والتأم الجرح •

(والثانى) وهو اختيار القاضى أبى الطيب ولم يذكر المصنف غيره أن أرش الجائفة يجب لأن أرش الجائفة انما وجب لوجوب اسمها ، وان عاد الحاجز لم تجب الدية ، كما لو ذهب ضوء العين ثم عاد •

مسـألة مما ورد فى قتل العبد أو فقء عينه فانه مضمون بالاتلاف لحق الآدمى بغير جنسه فضمن بقيمته بالغة ما بلغت كسائر الأموال ، فقولنا بالاتلاف احتراز مما لو غصب ملك غيره وهو باق فى يده فانه مضمون برده ، وقولنا لحق الآدمى احتراز من الكفارة ومن جزاء الصيد الذى له مثل • وقولنا من غير جنسه احتراز ممن غصب شيئا من ذوات الأمثال وتلف أو أتلفه ، وأما ما دون النفس من العبد فهو معتبر بالحر ، فكل شىء وجب فيه من الحر الدية وجب فيه من العبد قيمته ، وكل شىء مضمون من الحر بحر ومقدر من الدية ضمن من العبد بمثل ذلك الجزء من قيمته ، وكل شىء ضمن من الحر بالحكومة ضمن من العبد بما نقص من قيمته ، وبه قال عمر وعلى رضى الله عنهما وابن المسيب •

وعن أبى حنيفة روايتان ؛ احداهما كقولنا ؛ والثانية ما لا منفعة فيه كالأذنين والحاجبين فان فيه ما نقص من قيمته ؛ ونحن نوافقه على الحاجبين فى العبد الا أنه يخالفنا فى الحاجبين من الحر •

وقال مالك : يضمن بما نقص من قيمته الا الموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة فانه يضمن بجزء من قيمته ، وحكاه أصحابنا الخراسانيون قولا للشافعى وليس بمشهور ؛ والدليل على صحة ما قلناه أنه قول عمر وعلى وما مخالف لهما فى الصحابة ، فدل على أنه اجماع ، ولأنه كائن حى يضمن بالقصاص والكفارة فكانت أطرافه وجراحاته مضمونة ببدل مقدر من بدله كالحر ؛ ومما أفدناه من هذه الفصول هل تعتبر الجناية بحال الاستقرار أم بوقت حدوثها فى موت الجنين بضرب أمه ؛ فذهب المزنى وأبو سعيد الاصطخرى الى الأول ؛ وقال أبو اسحاق وأكثر أصحابنا يعتبر قيمتها يوم الجناية ؛ وهو المنصوص ، وقد مضى فى الجنايات بحثنا لهذا الخلاف والأخبار والآثار الواردة فيه • وما قرره المصنف فى هذه الفصول فعلى وجهه والله المستعان •

قال المصنف رحمه الله تعالى

(باب العاقلة وما تحمله من الديات)

اذا قتل الحر حرا عمد خطأ وله عاقلة وجب جميع الدية على عاقلته ، لما روى المغيرة بن شعبة قال « ضربت امراة ضرة لها بعمود فسطاط ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بديتها على عصبة القاتلة » وان قتله خطأ وجبت الدية على عاقلته ، لأنه اذا تحمل عن القاتل فى عمد الخطأ تخفيفا عنه مع قصده الى الجناية فلأن يحمل عن قاتل الخطأ ولم يقصد الجناية اولى ، ولأن الخطأ وعمد الخطأ يكثر فلو أوجبنا ديتهما فى مال الجانى اجحفنا به ، وان قطع أطرافه خطأ او عمد خطأ ففيه قولان •

قال فى القديم : « لا تحمل العاقلة ديتهما لأنه لا يضمن بالكفارة ولا تثبت فيه القسامة ، فلم تحمل العاقلة بدله كالمال » •

وقال فى الجديد : ((تحمل العاقلة ديتها ، لأن ما ضمن بالقصاص وخففت الدية فيه بالخطا حملت العاقلة بدله كالنفس)) فعلى هذا تحمل ما قل منه وكثر ، كما تحمل ما قل وكثر من دية النفس ، وان قتل عمداً او جنى على طرفه عمداً لم تحمل العاقلة ديته ، لأن الخبر ورد فى الحمل عن القاتل فى عمد الخطا تخفيفاً عنه ، لانه لم يقصد القتل ، والعامد قصد القتل فلم يلحق به فى التخفيف ، وان وجب له القصاص فى الطرف فاقتص بحديدة مسمومة فمات فعليه نصف الدية ، وهل تحمل العاقلة ذلك ام لا ؟ فيه وجهان:

(احدهما) تحمله ، لانا حكمنا بانه ليس بعمد محض .

(والثانى) لا تحمله ، لانه قصد القتل بغير حق فلم تحمل العاقلة عنه . وان وكل من يقتص له فى النفس ثم عفا وقتل الوكيل ولم يعلم بالعفو - وقلنا ان العفو يصح ووجبت الدية على الوكيل - فهل تحملها العاقلة ؟ فيه وجهان :

(احدهما) وهو قول ابى اسحاق انه لا تحملها العاقلة ، وهو الصحيح ، لانه تعمد القتل فلم تحمل العاقلة عنه ، كما لو قتله بعد العلم بالعفو .

(والثانى) وهو قول ابى على بن ابى هريرة انه تحملها العاقلة ، لانه لم يقصد الجناية .

فصل وان قتل عبداً خطأ او عمد خطا ففى قيمته قولان (احدهما) انها تحملها العاقلة ، لانه يجب القصاص والكفارة بقتله فحملت العاقلة بدله كالحر . (والثانى) انه لا تحملها العاقلة لانه مال فلم تحمل العاقلة بدله كسائر الأموال) .

الشرح حديث المغيرة بن شعبة ولفظه : ((أن امرأة ضربتها ضرتها بعمود فسطاط فقتلها وهى حبلى فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقضى فيها على عصبة القاتلة بالدية وفى الجنين غرة ، فقال عصبتها : أندى ما لا طعم ولا شرب ولا صاح ولا استهل ؛ مثل ذلك يطل ؟ فقال : سجع مثل سجع الأعراب)) رواه أحمد وأبو داود والنسائى والترمذى ولم يذكر اعتراض العصبة وجوابه . وأخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه وابن حبان والحاكم وصححاه من حديث ابن عباس وأخرجه عبد الرزاق عن حمل بن مالك وكذلك البيهقى ؛ ورواه أيضا من طريق حماد بن زيد عن عمرو بن دينار عن طاوس . وأخرجه البخارى فى الاعتصام بألفاظ مختلفة .

اما اللغات فقوله : « العاقلة وما تحمله » العاقلة مأخوذة من العقــل وهو الشد والربط . ومنه قيل لمن له حجر (بضـــم الحاء وسكون الجيم) ونهى (بضم النون وفتح الهاء) عاقل ، وهو ضد الحمق . قال ابن الأنباري رجل عاقل وهو الجامع لأمره ورأيه ؛ مأخوذ من عقلت البعير اذا جمعت قوائمه . وفى الحديث : « القــرآن كالابل المعقلة » والعقــل فى العروض اسقاط الياء من مفاعيلن بعد اسكانها فى مفاعلن فيصير مفاعلن والعقــل الدية وعقل القتيل يعقله وداه ، وعقل عنه أدى جنايته وذلك اذا لزمته دية فأعطاها عنه ؛ وهذا هو الفرق بين عقلته وعقلت له وعقلت عنه ؛ وعقلت له دم فلان اذا تركت القود للدية . قالت كبشة أخت عمرو بن معديكرب :

وأرسل عبد الله اذ حان يومه ... الى قومه لا تعقلوا لهـــم دمى

وانما قيل للدية عقــل لأنهم كانوا يأتون بالابل فيعقلونها بفنـــاء ولى المقتول ، والعاقلة العصبة والقرابة من قبل الأب الذين يعطون دية قتـــل الخطأ . وهى صفة جماعة عاقلة وأصـــلها فاعلة من العقل . وفى اللســـان قال : « ومعرفة العاقلة أن ينظر الى اخوة الجـــانى من قبل الأب فيحملون ما تحمل العاقلة ، فان احتملوها أدوها فى ثلاث سنين ، وان لم يحتملوها رفعت الى بنى جده ، فان لم يحتملوها رفعت الى بنى جد أبيـــه ، فان لم يحتملوها رفعت الى بنى جد أبى جده ، ثم هكذا لا ترفع عن بنى أب حتى يعجزوا ، قال : ومن فى الديوان ومن لا ديوان له فى العقل سواء . »

وقال أهل العراق : هم أصحاب الدواوين ، قال اسحاق بن منصور ، قلت لأحمد بن حنبل : من العاقلة ؟ فقـــال القبيلة الا أنهم يحملون بقـــدر ما يطيقون ؛ قال فان لم تكن عاقلة لم تجعل فى مال الجانى ؛ ولكن تهدر عنه . وقال اسحاق : اذا لم تكن العاقلة أصلا فانه يكون فى بيت المـــال ولا تهدر الدية .

والفسطاط بيت الشعر وفيه لغات فسطاط وفستاط وفساط ، وفسطاط المصر مجتمع أهله حول جامعه ، ومدينة الفسطاط مصر حماها الله ، وهى

الآن حي في مدينة القاهرة ، ويقال لها مصر القديمة ؛ وهي المدينة التي بناها عمرو بن العاص وقال الزمخشري الفسطاط ضرب من الأبنية •

اما الأحكام فانه اذا قتل الحر حراً خطأ محضاً أو عمد خطأ كانت دية المقتول على عاقلة القاتل ؛ وبه قال أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأبو حنيفة وأحمد وقال الاصم وابن علية والخوارج : يجب الجميع في مال القاتل ؛ وقال علقمة وابن أبي ليلى وابن شبرمة وعثمان البتي وأبو ثور : دية الخطأ المحض على العاقلة ، وأما دية العمد والخطأ ففي مال القاتل •

دليلنا ما روى المغيرة بن شعبة أن امرأتين كانتا تحت رجل من هذيل فضربت أحداهما الأخرى بمسطح أو بعمود الفسطاط ؛ وقيل رمتها بحجر فقتلتها وأسقطت جنينها ، فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بعقلها على العاقلة ؛ وفي جنينها غرة عبد أو أمة ، فاذا حملت العاقلة دية عمد الخطأ فلأن تحمل دية الخطأ المحض أولى • وروى أن عمر رضي الله عنه ذكرت عنده امرأة معيبة بسوء فأرسل اليها رسولا فأجهضت ذا بطنها في الطريق من فزعها منه ، فاستشار الصحابة رضي الله عنهم في ذلك فقال عثمان وعبد الرحمن رضي الله عنهما : انما أنت مؤدب ولا شيء عليك فقال لعلي رضي الله عنه ما تقول ؟ فقال : ان اجتهدا فقد أخطآ وان علما فقد غشاك ، عليك الدية ، فقال : عزمت عليك لتقسمنها على قومك ؛ يعني على عاقلتي ولم ينكر عليهما عثمان ولا عبد الرحمن •

وروى أن مولاة لصفية جنت جناية فقضى بأرش جنايتها على عاقلة صفية ولا مخالف لهم في الصحابة فدل على أنه اجماع •

اذا ثبت هذا فهل تحمل العاقلة ما دون دية النفس ؟ قال الشافعي رضي الله عنه في الجديد : « تحمل العاقلة ما قل أو كثر من الأرش » وبه قال عثمان البتي ، وقال في القديم : « تحمل العاقلة دية النفس ولا تحمل ما دون دية النفس ، بل تجب في مال الجاني » •

وحكى بعض أصحابنا أن قوله في القديم أن العاقلة تحمل ثلث الدية

فأكثر ولا تحمل ما دون ثلث الدية ، وبه قال مالك وابن المسيب وعطاء وأحمد واسحاق وقال الزهري : « تحمل العاقلة ما فوق ثلث الدية ، فأما ثلث الدية فما دونه ففي مال الجاني وقال أبو حنيفة : تحمل أرش الموضحة فما زاد وما دون أرش الموضحة ففي مال الجاني ، فاذا قلنا بقوله القديم فوجهه أن ما دون دية النفس فيجرى ضمانه مجرى ضمان الأموال بدليل أنه لا يثبت فيه القصاص ولا تجب فيه الكفارة فلم تحمل العاقلة كمد لو أتلف مالا .

واذا قلنا بقوله الجديد فوجهه أن من حمل دية النفس حمل ما دون الدية كالجاني ، ولأن العاقلة انما حملت الدية عن القاتل في الخطأ وعمد الخطأ لئلا يجحف ذلك بماله ، وهذا يوجد فيما دون دية النفس .

قال الشيخ أبو حامد الاسفراييني وهل تحمل العاقلة دية الجنين ؟ فيه قولان قال في الجديد : تحمل ديته بكل حال لما ذكرناه من حديث المغيرة بن شعبة : وقال في القديم : لا تحملها ، بل يكون في مال الجاني ، وبه قال مالك . لأن العاقلة لا تحمل ما دون ثلث الدية ، فان وجب له القصاص في الطرف فاقتص بحديدة مسمومة فمات وجب على المقتص نصف الدية ، وهل تحمله عنه العاقلة ؟ فيه وجهان : (أحدهما) تحمله عنه لأنه ليس بعمد محض (والثاني) لا تحمله العاقلة لأنه قصد قتله بغير حق ، هكذا أوضح صاحب البيان .

ومما يدل على سماحة شرع الله أنه ان قتل الحر عبداً لغيره خطأ أو عمد خطأ أو جنى على طرفه خطأ أو عمد خطأ فهل تحمل عاقلته بدله ؟ فيه قولان : أحدهما لا تحمله العاقلة بل يكون في مال الجاني ، وبه قال مالك والليث وأحمد واسحاق وأبو ثور ، لما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تحمل العاقلة عمداً ولا عبداً ولا صلحاً ولا اعترافاً » والثاني تحمله العاقلة ، وبه قال الزهري والحكم وحماد وهو الأصح لأنه يجب بقتله القصاص والكفارة ، فحملت العاقلة بدله كالحر لحر .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصـــل ومن قتل نفسه خطأ لم تجب الدية بقتله ولا تحمل العاقلة ديته ، لما روى ان عوف بن مالك الأشجعي ضرب مشركاً بالسيف فرجع السيف عليه فقتله ، فامتنع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من الصلاة عليه وقالوا قد أبطل جهاده ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل مات مجاهداً ، ولو وجبت الدية على عاقلته لبين رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك .

فصـــل وما يجب بخطأ الامام من الدية بالقتل ففيه قولان (احدهما) يجب على عاقلته لما روى أن عمر رضي الله عنه قال لعلى رضي الله عنه في جنين المراة التي بعث اليها عزمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك . (والثاني) يجب في بيت المال لأن الخطأ يكثر منه في أحكامه واجتهاده ، فلو اوجبنا ما يجب بخطئه على عاقلته أجحفنا بهم ، فاذا قلنا أنه يجب على عاقلته وجبت الكفارة في ماله كغير الامام ، واذا قلنا : انها تجب في بيت المال ففي الكفارة وجهان :

(احدهما) أنها تجب في ماله لأنها لا تتحمل (والثاني) انها تجب في بيت المال لانه يكثر خطؤه ، فلو اوجبنا في ماله اجحف به .

فصـــل وما يجب بجناية العمد يجب حالا لأنه بدل متلف لا تتحمله العاقلة بحال فوجب حالا كغرامة المتلفات وما يجب بجناية الخطأ وشبه العمد من الدية يجب مؤجلا ، فان كانت دية كاملة وجبت في ثلاث سنين ، لأنه روى ذلك عن عمر وابن عباس رضي الله عنهما، ويجب في كل سنة ثلثها ، فان كان دية نفس كان ابتداء الأجل من وقت القتل لأنه حق مؤجل فاعتبر الأجل من حين وجود السبب كالدين المؤجل ، وان كان دية طرف فان لم تسر اعتبرت المدة من وقت الجناية لانه وقت الوجوب ، وان سرت الى عضو آخر اعتبرت المدة من وقت الاندمال ، لأن الجناية لم تقف فاعتبرت المدة من وقت الاستقرار ، وان كان الواجب اقل من دية نظرت فان كان ثلث الدية او دونه لم تجب الا في سنة لأنه لا يجب على العاقلة شيء في اقل من سنة فان كان اكثر من الثلث ولم يزد على الثلثين وجب في السنة الأولى الثلث ووجب الباقي في السنة الثانية ، وان كان اكثر من الثلثين ولم يزد على دية وجب في السنة الاولى الثلث وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الباقي .

وان وجب بجنايته ديتان فان كانتا الاثنتين بان قتل اثنين وجب في كل سنة لكل واحد منهما ثلث الدية ، لانهما يجبان لمستحقين فلا ينقص حق كل

واحد منهما فى كل سنة من الثلث ، فان كانتا لواحد بان قطع اليدين والرجلين من رجل وجب الكل فى ست سنين فى كل سنة ثلث دية لأنها جناية على واحد فلا يجب له على العاقلة فى كل سنة اكثر من ثلث دية .

وان وجب بجناية الخطأ او عمد الخطأ دية ناقصة ، كدية الجنين والمراه ودية اهل الذمة ففيه وجهان :

(احدهما) انه يجب فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلثها لأنها دية نفس فوجب فى كل سنة كالدية الكاملة .

(والثانى) انه كأرش الطرف اذا نقص عن الدية لأنه دون الدية الكاملة فعلى هذا ان كان ثلث دية وهو كدية اليهودى والنصرانى أو اقل من الثلث وهو دية المجوسى ودية الجنين وجب الكل فى سنة واحدة ، وان كان اكثر من الثلث وهو دية المراة وجب فى السنة الأولى ثلث دية كاملة ويجب ما زاد فى السنة الثانية كما قلنا فى الطرف ، وان كان قيمة عبد وقلنا انها على العاقلة ففيه وجهان :

(احدهما) انها تقسم فى ثلاث سنين ، وان زاد حصة كل سنة على ثلث الدية لأنها دية نفس) .

(والثانى) تؤدى فى كل سنة ثلث دية الحر) .

الشرح الخبر الذى ساقه المصنف أن عوف بن مالك الأشجعى قتل نفسه وامتنع الصحابة عن الصلاة عليه الى آخر ما ساقه كبوة جواد ، فليست خطأ من الناسخين ولا من الطباعين ، فالعمرانى فى البيان ينقلها عن أبى اسحاق بغير تصرف ، وقد قابلنا مخطوطة دار الكتب والوثائق العربية على النسخة المصورة بالجامعة العربية فوجدناها عوف بن مالك الأشجعى الا أن العمرانى يقول عقب هذه الرواية . وقيل ان الذى رجع عليه سيفه هو أبو عوف وهو مالك ، وبالرجوع الى كتب الصحابة لم نجد مالكا الأشجعى فيهم .

والذى جعلنا نهتم هذا الاهتمام أن عوفاً له أحاديث رواها عنه أبو هريرة وأبو مسلم الخولانى وماتا قبله بمدة .

ورواها عنـه جبير بن نفير وأبو ادريس الخولاني وراشـد بن سعد ويزيد بن الأصم وشريح بن عبيـد والشعبي وسالم أبو النضر وسليم بن عامر وشداد بن عمار ـ وشـهد غزوة مؤتة وقال : رافقني مددي من أهـل اليمن ليس معه غير سيفه ـ الحديث بطوله ـ وفيه قوله صلى الله عليـه وسلم : هل أنتم تاركو لي أمرائي ؟ رواه أحمد في مسنده ج ٦ : ٢٦ ؛ ٢٧

وقال الواقدي : كانت راية أشـجع يوم الفتح مع عوف بن مالك . وهذه الرواية تصـحح خطأ وقع في تقريب ابن حجر انه من مسلمة الفتح ج ٢ ص ٩٠ قال جعفر بن برقان : ثنا ثابت بن الحجاج الكلابي قال شتونا في حصن دون القسطنطينية وعلينا عوف بن مالك فأدركنا رمضان فقـال عوف (فذكر حديثا) قال الواقدي غيره مات عوف سـنة ثلاث وسبعين . هذا ما هو معروف عن عوف بن مالك باجماع أهل العلم بالأخبار ؛ منهم الذهبي في سـير أعلام النبـلاء جـ ٢ ص ٣٤٨ ، ٣٤٩ وابن عبد البر في الاسـتيعاب جـ ٣ ص ١٢٢٦ وابن حجر في التقريب والاصـابة والفتـح والتلخيص . فاذا ثبت هذا رفضنا كل الرفض هذه الرواية التي ساقها ، وهو قد ساقها بحسن نية من غير تحقيق ؛ ولو أعمل شيخنا رحمه الله فكره قليلا لما أعياه زيفها .

بقي أن نعرف حقيقة الخبر يقول ابن عبـد البر في الاستيعاب جزء ٢ ص ٧٨٦ قرأت على سعيد بن نصر أن قاسم بن أصبغ حدثهم : حدثنا محمد ابن وضاح حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة حدثنـا هاشم بن القاسم حدثنـا عكرمة بن عمار حدثنا اياس بن سلمة بن الأكوع قال : أخبرني أبي قال : لما خرج عمي عامر بن سنان الى خيبر مع رسـول الله صلى الله عليه وسلم جعل يرتجز بأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيهم النبي صلى الله عليه وسلم فجعل يسوق الركاب وهو يقول :

تالله لولا الله ما اهتدينـا ... ولا تصـدقنا ولا صـلينا

ان الذين بغـوا علينـا ... اذا أرادوا فتنـة أبينـا

ونحن عن فضلك ما استغنينا   فثبت الأقدام ان لاقينا
وأنزل سكينة علينا

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من هذا ؟ قالوا عامر يا رسول الله ، فقال غفر لك ربنا . قال وما استغفر لانسان قط يخصه بالاستغفار الا استشهد قال فلما سمع ذلك عمر بن الخطاب قال يا رسول الله لو متعتنا بعامر ، فاستشهد يوم خيبر . قال سلمة وبارز عمى يومئذ مرحباً اليهودى فقال مرحب .

قد علمت خيبر أنى مرحب   شاكى السلاح بطل مجرب
اذا الحروب أقبلت تلهب

فقال عامر :

قد علمت خيبر أنى عامر   شاكى السلاح بطل مغامر

واختلفا ضربتين ، فوقع سيف مرحب فى ترس عامر ورجع سيفه على ساقه فقطع أكحله فكانت فيها نفسه ، قال سلمة فجئت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله بطل عمل عامر ؟ فقال من قال ذلك ؟ فقلت ناس من أصحابك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لقد كذب من قال ذلك ؟ بل له أجره مرتين (ثم ساق بقية القصة ، وهو أن علياً رضى الله عنه هو الذى برز لمرحب وهد بناءه بسيفه هداً) .

اما الأحكام فانه اذا جنى الرجل على نفسه أو على أطرافه عمداً كان ذلك هدراً ، لأن أرش العمد فى مال الجانى ، والانسان لا يثبت له مال على نفسه ، وان جنى على نفسه خطأ أو على أطرافه كانت جنايته هدراً ، وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم ربيعة ومالك والثورى وأصحاب الرأى ، وهى الرواية الثانية عن أحمد بن حنبل ، وقد رجحها ابن قدامة على الرواية التى جعلها القاضى أظهرهما ، وهى أن على عاقلته ديته لورثته ان قتل نفسه أو أرش جرحه لنفسه اذا كان أكثر من الثلث .

وهذا قول الأوزاعي واسحاق لما روى أن رجلا ساق حماراً فضربه بعصاً كانت معه فطارت منه شظية ففقأت عينه ، فجعل عمر ديته على عاقلته وقال هي يد من أيدى المسلمين لم يصبها اعتداء على أحد . قالوا : ولم نعرف له مخالفاً في عصره ؛ ولأنها جناية خطأ فكان عقلها على عاقلته ، كما لو قتل غيره .

فعلى هذه الرواية ان كانت العاقلة الورثة لم يجب شيء لأنه لا يجب للانسان شيء على نفسه ، وان كان بعضهم وارثاً سقط عنه ما يقابل نصيبه وعليه ما زاد على نصيبه ، وله ما بقى ان كان نصيبه من الدية أكثر من الواجب عليه . دليلنا أن عامر بن الأكوع بارز مرحبا اليهودى فارتد عليه سيفه فقطع أكحله فكانت فيها نفسه ، وعلم بأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه كان في خيبر ؛ ولم يجعل ديته على عاقلته ؛ ولو وجبت عليهم لبينها رسول الله صلى الله عليه وسلم . وعن أحمد فيمن جنايته على نفسه شبه عمد فهل تجرى مجرى الخطأ ؟ على وجهين (أحدهما) هى كالخطأ لأنها تساويه فيما اذا كانت على غيره (والثانى) لا تحمله العاقلة لأنه لا عذر به فأشبه العمد المحض .

فرع وأما خطأ الامام والحاكم فى غير الحكم والاجتهاد فهو على عاقلته باتفاق أهل العلم اذا كان مما تحمله العاقلة ؛ وفارق ما اذا كان الخطأ باجتهاده ففيه قولان (أحدهما) أن عاقلته تحمل ذلك عنه لما ذكرناه من أثر عمر رضى الله عنه فى المرأة التى أجهضت ، وهو احدى الروايتين عن أحمد (والثانى) وهو الرواية الثانية عن أحمد : يجب ذلك فى بيت المال ؛ لأن الخطأ يكثر منه فى اجتهاده وأحكامه ، فايجابه على عاقلته فيه اجحاف بهم ، وبهذا قال الأوزاعى والثورى وأبو حنيفة واسحاق ، لأنه نائب عن الله تعالى فى أحكامه وأفعاله فكان أرش جنايته فى مال الله سبحانه .

فاذا قلنا تجب دية ذلك على عاقلته وجبت كفارة قتله فى الخطأ وعمد الخطأ فى ماله . واذا قلنا تجب دية ذلك فى بيت المال ففى الكفارة وجهان

(أحدهما) تجب فى بيت المال لما ذكرناه فى الدية (والثانى) تجب فى ماله لأن الكفارة لا تحملها العاقلة بحال .

مسألة فاذا قتل غيره عمداً أو جنى على طرفه عمداً وجبت الدية فى مال الجانى ، سواء كانت الجناية مما يجب فيها القصاص أو مما لا يجب فيها القصاص ، وهذا قضية الأصل ، وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف وأرش الجناية على الجانى لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يجنى جان الا على نفسه » وبهذا قال أحمد . وقال مالك : ان كانت لا قصاص لها مثل الهاشمة والمنقلة والمأمومة والجائفة ، فان العاقلة تحمله ، وان كانت الجناية عمداً .

دليلنا أن الخبر انما ورد فى حمل العاقلة دية الخطأ تخفيفاً على القاتل لأنه لم يقصد القتل والعامد قصد القتل فلم يلحق به فى التخفيف ؛ ولأنه أرش جناية عمد محض فلم تحمله العاقلة ، كما لو قتل الأب ابنا .

اذا ثبت هذا فان أرش العمد يجب حالا ، وبهذا قال مالك وأحمد ؛ وقال أبو حنيفة يجب مؤجلا فى ثلاث سنين ؛ لأنها دية آدمى فكانت مؤجلة كدية شبه العمد . دليلنا أن ما وجب بالعمد المحض كان حالا كالقصاص وأرش أطراف العبيد ولا يشبه شبه العمد ؛ لأن القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل ، وانما أفضى اليه من غير اختيار منه فأشبه الخطأ . ولهذا تحمله العاقلة . ولأن القصد التخفيف على العاقلة الذين لم تصدر منهم جناية . وهذا موجود فى الخطأ وشبه العمد على السواء . وأما العمد فانه يحمله الجانى فى غير حال العذر فوجب أن يكون ملحقا ببدل سائر المتلفات . قال العمرانى فى الخطأ وشبه العمد . وقال بعض الناس يجب حالا . وقال ربيعة : يجب مؤجلا فى خمس سنين . اهـ .

وقال الشافعى رحمه الله : ولم أعلم خلافاً فيما علمته أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين ، هكذا أورده المزنى فى المختصر قال الرافعى : تكلم أصحابنا فى ورود الخبر بذلك ،

فمنهم من قال : ورد ونسبه الى رواية على عليه السلام • ومنهم من قال ورد أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على العاقلة •

وأما التأجيل فلم يرد به الخبر ، وأخذ ذلك من اجماع الصحابة ، وقال ابن المنذر وما ذكره الشافعي لا نعرفه أصلا من كتاب ولا سنة وقد سئل عن ذلك أحمد بن حنبل فقال لا نعرف فيه شيئا ، فقيل ان أبا عبد الله — يعنى الشافعى — رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم فقال لعله سمعه من ذلك المدنى فانه كان حسن الظن به — يعنى ابراهيم بن أبى يحيى وتعقبه ابن الرفعة بأن من عرف حجة على من لم يعرف •

وخرج العمرانى كلام الشافعى على نحو ينفى أنه عزا الثلاث سنين الى النبى صلى الله عليه وسلم وانما هو قال لا أعلم خلافا أن الدية التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم على العاقلة أنها فى ثلاث سنين ، فهو ينفى الخلاف فى المدة ويثبت الدية على العاقلة التى قضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم والمزنى اختصر النص الذى ورد فى الأم •

وأقول ان البيهقى روى من طريق ابن لهيعة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال : من السنة أن تنجم الدية فى ثلاث سنين ، وقد وافق على نقل اجماع الصحابة الترمذى فى جامعه وابن المنذر ، وقد روى التأجيل ثلاث سنين ابن أبى شيبة وعبد الرزاق والبيهقى عن عمر ؛ وهو منقطع لأنه من رواية الشعبى عنه رواه عبد الرزاق أيضاً عن ابن جريج عن أبى وائل قال « ان عمر بن الخطاب جعل الدية الكاملة فى ثلاث سنين وجعل النصف فى سنتين وما دون النصف فى سنة » وروى البيهقى التأجيل المذكور عن على رضى الله عنه •

اذا ثبت هذا فاول ابتداء الأجل اذا كانت الجناية على النفس من حين الموت لأنه حال استقرار الجناية ، هذا نقل أصحابنا البغداديين •

وقال أصحابنا الخراسانيون : من حين الترافع الى القاضى ، وان كانت

الجناية على الطرف ، فان لم يسر الى طرف آخر كان ابتداء الأجل من حين الجناية لأنه حين وجوبه ، وان سرت الى طرف آخر مثل أن قطع أصبعه فسرت الجناية الى كفه كان ابتداء الأجل من حين الاندمال لأنه وقت استقرار الجناية •

وحكى أصحابنا الخراسانيون وجها آخر أن دية الأصبع من حين الجناية ودية ما زاد عليها من الاندمال أصح ، هذا مذهبنا ومذهب أحمد•

وقال أبو حنيفة : أول مدة الأجل من حين يحكم القاضى على العاقلة بالدية ؛ قالوا لأنها مدة مختلف فيها فكان ابتداؤها من حين حكم الحاكم كمدة العنة ، دليلنا أنه مال يحل بحلول الأجل فكان ابتداؤه من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلم ، وتنازعهم ادعاء الخلاف فيها فان الخوارج لا يعتد بخلافهم •

فرع اذا كان الواجب أقل من الدية نظرت ــ فان كان ثلث الدية فما دون ــ وجب فى آخر السنة الأولة ؛ لأن العاقلة لا تحمل حالا • وان كان أكثر من الثلث ولم يزد على الثلثين وجب فى آخر السنة الأولة ثلث الدية وفى آخر السنة الثانية الباقى • وان كان أكثر من الثلثين ولم يزد على الدية وجبت فى آخر السنة الأولة ثلث الدية وفى السنة الثانية الثلث وفى آخر الثالثة الباقى • وان كان الواجب أكثر من دية بأن وجب بجنايته ديتان ــ فان كانت لابنين حملت العاقلة لكل واحد من المجنى عليهما ثلث الدية فى كل سنة ، هذا نقل أصحابنا العراقيين ، وقال الخراسانيون فيه وجهان :

(أحدهما) وهو الأصح ، تحمل لكل واحد من المجنى عليهما ثلث الدية فى كل سنة •

(والثانى) أن العاقلة لا تحمل فى كل سنة الا ثلث الدية لواحد من المجنى عليهما •

وان كانتا لواحد مثل أن قطع يديه ورجليه لم تحملها العاقلة الا فى ست سنين فى كل سنة ثلث الدية • هذا نقل أصحابنا العراقيين • وقال الخراسانيون : فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثانى) أن العاقلة تحملها فى ثلاث سنين •

فرع اذا وجب بالخطأ أو بعمد الخطأ دية ناقصة عن دية الحر المسلم كدية المرأة ودية الجنين والكافر ، ففيه وجهان :

(أحدهما) أنها تقسم فى ثلاث سنين ، وان زادت حصة كل سنة على ثلث الدية أو نقص لأنه بدل نفس (والثانى) أنه كأرش الطرف فتحمل كل سنة ثلث دية الحر المسلم اعتباراً بما تحمله من دية الحر المسلم •

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل والعاقلة هم العصبات الذين يرثون بالنسب او الولاء غير الأب والجد والابن وابن الابن ، والدليل عليه ما روى المغيرة بن شعبة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى المرأة بديتها على عصبة العاقلة ، واما الأب والجد والابن وابن الابن فلا يعقلون ، لما روى جابر رضى الله عنه أن امرأتين من هذيل قتلت احداهما الأخرى ولكل واحدة منهما زوج وولد ، فجعل النبى صلى الله عليه وسلم دية المقتولة على عاقلة القاتلة وبرأ زوجها وولدها ، واذا ثبت هذا فى الولد ثبت فى الأب لتساويهما فى العصبة ، ولأن الدية جعلت على العاقلة أبقاء على القاتل حتى لا يكثر عليه فيجحف به ، فلو جعلناه على الأب والابن اجحفنا به ، لأن مالهما كماله ، ولهذا لا تقبل شهادته لهما كما لا تقبل لنفسه ، ويستغنى عن المسئلة بمالهما كما يستغنى بمال نفسه.

وان كان فى بنى عمها ابن لها لم يحمل منهم لما ذكرناه ، وان لم يكن له عصبة نظرت فان كان مسلماً حملت عنه من بيت المال ، لأن مال بيت المال للمسلمين وهم يرثونه كما ترث العصبات •

وان كان ذمياً لم يحمل عنه فى بيت المال ، لأن مال بيت المال للمسلمين وهم لا يرثونه ، وانما ينقل ماله الى بيت المال فيئا ، واختلف قوله فى المولى من أسفل فقال فى احد القولين لا يعقل عنه وهو الصحيح ، لانه لا يرثه فلم يعقله ، وقال فى الآخر يعقله لانه يعقله المولى فعقل عنه المولى كالاخوين ، فعلى

هذا يقدم على بيت المال لانه من خواص العاقلة فقدم على بيت المال كالمولى من اعلى ، وان لم يكن له عاقلة ولا بيت مال فهل يجب على القاتل ؟ فيه وجهان بناء على أن الدية هل تجب على القاتل ؟ ثم تتحمل عنه العاقلة أو تجب على العاقلة ابتداء ؟ وفيه قولان (احدهما) تجب على القاتل ثم تنتقل الى العاقلة لانه هو الجانى فوجبت الدية عليه ، فعلى هذا تجب الدية فى ماله (والقـول الثانى) تجب على العاقلة ابتداء لانه لا يطالب غيرهم ، فعلى هذا لا تجب عليه.

وقال ابو على الطبرى : اذا قلنا : انها تجب على القاتل عند عدم بيت المال حمل الأب والابن ويبدأ بهما قبـل القاتل ، لأنا لم نحمل عليهما ابقـاء على القاتل ، واذا حمل على القاتل كانا بالحمل أولى .

قال الشيخ الامام حرس الله مدته : ويحتمل عندى أنه لا يجب عليهما لأنا انما أوجبنا على القاتل على هذا القول ، لأنه وجب عليه فى الأصل ، فاذا لم يجد من يتحمل بقى الوجوب فى محله ، والأب والابن لم يجب عليهما فى الأصل ولا حملا مع العاقلة فلم يجب الحمل عليهما) .

الشرح حديث المغيرة بن شعبة مضى تخريجه .

اما الأحكام فان العاقلة هم العصبة ، ولا يدخل فيهم أبو الجانى ولا جده وان علا ولا ابنه ولا ابن ابنه وان سفل ، وقال مالك وأبو حنيفة : يدخلون ، وعن أحمد بن حنبل روايتان : احداهما كل العصبة من العاقلة يدخل فيه آباء القاتل وأبناؤه واخوته وعمومته وأبناؤهم ، وهذا اختيـار أبى بكر والشريف أبى جعفر لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن عقل المرأة بين عصبتها من كانوا لا يرثون منها شيئا الا ما فضل عن ورثتها ، وان قتلت فعقلها بين ورثتها » رواه أبو داود ، ولأنهم عصبة فأشبهوا الاخوة ، يحققه عندهم أن العقـل موضوع على التناصر وهم من أهله ، ولأن العصبة فى تحمل العقل كهم فى الميراث فى تقديم الأقرب فالأقرب ، وآباؤهم وأبناؤه أحق العصـبات بميراثه فكانوا أولى بتحمل عقله .

والرواية الثانية : ليس آباؤه وأبناؤه من العـاقلة دليلنـا ما أخرجه الشـيخان وغيرهمـا عن أبى هريرة قال « اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت

احداهما الأخرى فقتلتها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحكم بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم » .

وفي رواية « ثم ماتت العاقلة فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ميراثها لبنيها والعقل على العصبة » رواه أبو داود والنسائي . وفي رواية عن جابر بن عبد الله قال « فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم دية المقتولة على عاقلتها وبرأ زوجها وولدها . قال فقالت عاقلة المقتولة : ميراثها لنا . فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثها لزوجها وولدها » رواه أبو داود .

أما حديث عمرو بن شعيب الذى أخذ به أبو حنيفة ومالك وأحمد فى احدى الروايتين عنه فقد أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه والدارقطنى وفي اسناده محمد بن راشد الدمشقى المكحولى ، وثقه أحمد وابن معين والنسائى ، وقال دحيم يذكر بالقدر ، وقال النسائى فى موضع : ليس به بأس ؛ وقال في موضع آخر : ليس بالقوى ؛ وقال ابن حبان : كثير المناكير فى روايته فاستحق ترك الاحتجاج به ، وقال أبو زرعة لم يكتب عنه أبو مسهر لأنه كان يرى الخروج على الأئمة ، هذا بالاضافة الى ما قيل فى اسناد عمرو بن شعيب ، على أن القاعدة عند أصحابنا من أهل الحديث أن المتفق عليه مقدم على ما سواهما ومن ثم سقط الاحتجاج بحديث عمرو ابن شعيب وتعين العمل بحديث أبى هريرة .

وروى أبو رمثة قال « خرجت مع أبى حتى أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأيت برأسه ردع حناء وقال لأبى هذا ابنك ؟ قال نعم . قال : أما أنه لا يجنى عليك ولا تجنى عليه ، وقرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم : ولا تزر وازرة وزر أخرى » رواه أحمد وأبو داود ، ومعلوم أنه لم يرد أنه لا يجرحك ولا تجرحه ، وانما أراد لا تؤخذ بجنايته ولا يؤخذ بجنايتك .

وروى ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا ترجعوا

بعدي كفاراً يضرب بعضكم رقاب بعض ؛ ولا يؤخذ أحد بجريرة ابنه ولا يؤخذ ابن بجريرة أبيه » أخرجه البزار ورجاله رجال الصحيح ، ورواه النسائي عنه بلفظ « لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه » وفي هذا المعنى عند أبي داود وأحمد وابن ماجه والترمذي عن عمرو بن الأحوص . وعند أحمد وابن ماجه عن الخشخاش العنبرى وروى نحوه الطبراني مرسلا باسناد رجاله ثقات . وعند أحمد والنسائي عن رجل من بني يربوع . ولأن مال الولد والوالد كماله ولهذا لم تقبل شهادتهما له ولا العكس ، بدليل أن نفقتهما تجب في مالهما ، كما تجب في ماله فلما لم تجب في ماله لم يحملا عنه ؛ فان كان للمرأة ابن هو ابن ابن عمه لم يعقل عنها لعموم الخبر .

وقال أبو علي السنجي : ويحتمل أن يقال يحمل عنها لأن فيه شيئين يحمل بأحدهما دون الآخر ، فغلب الآخر ، كولايته في النكاح على أمه . والأول هو المشهور .

فـــرع ولا يحمل القاتل مع العاقلة من الدية شيئا ، وبه قال مالك وأحمد وقال أبو حنيفة يحمل ما يحمل أحدهم ؛ دليلنا ما ذكرناه من خبر جابر رضي الله عنه في المرأتين ، فان لم يكن للجاني عصبة وله مولى حمل عنه لقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب يعقل به فكذلك الولاء ؛ والمولى لا يحمل الا بعد العاقلة من النسب ؛ كما لا يرث الا بعدهم ، فان لم يكن المعتق موجوداً حمل عصبته كالأخ والعم وابن العم وابن الأخ وفي حمل ابن المعتق وأبيه وجهان ، فان لم يكن للجاني عصبة ولا مولى ولا عصبة مولى ولا مولى مولى ، فان كان مسلماً ؛ حملت عنه الدية في بيت المال ، لأنه لما نقل ماله الى بيت المال اذا مات ارثا حمل عنه بيت المال كالعصبة ، وان كان كافراً لم يحمل عنه في بيت المال لأن مال بيت المال للمسلمين وليس هو منهم وانما ينقل ماله الى بيت المال اذا لم يكن له وارث .

وروى أن رجلا من الأنصار قتل عام خيبر فوداه النبي صلى الله عليه

وسلم من بيت المال ؛ وروى أن رجلا قتل فى زحام فى زمن عمر فلم يعرف قاتله ، فقال على : يا أمير المؤمنين لا يبطل دم امرىء مسلم ، فأدى ديته من بيت المـال .

مسـألة لا يعقل العديد ، وهو الرجل الغريب الذى يدخل ويعد فيهم ، ويقال له دخيل ؛ ولا يحمل الحليف ، وهو أن يحالف الرجل الرجل على أن يتناصرا على دفع الظلم ؛ كالمشتركين فى الجمعيات والمساهمين فى الشركات والمنتسبين للنقابات المهنية والحرفية والفئوية ، كل هؤلاء لا يعقل بعضهم على بعض ، ولو اتفقوا على ذلك .

وهذا هو مذهب أحمد ووافقنا بو حنيفة فى العديد وخالفنا فى الحليف اذا لم يكن له قرابة من النسب فانه يرث ويعقل ، وهل الهيئات الفئوية لها صفة بيت المال كما عرف عنـد الفقهاء الوضعيين من وصـفها بالشخصية الاعتبارية ؟ خصوصا فى بلد لا توجد فيه حكومة اسلامية ؟

نقول : اذا كان المسـلمون قلة فى بلد كفر أو كانوا كثـرة تحكمهم حكومة نصرانية أو يهودية أو الحادية فان لهم أن ينتظموا متكافلين ونعقل عنهـم فئتهـم كمـا لو كان لهم بيت مال ، كالمسـلمين فى تايلاند والفلبين وقبرص وفلسطين والحبشة . أما أهل الديوان من غير العصبات فلا مدخل لهم فى المعاقلة ، وبه قال أحمد ، وقال أبو حنيفة ومالك : اذا خرج الامام والناس وجعلهم فرقا تحت يد كل عريف فرقة ، فاذا جنى فانتسب الى عاقلة وأمكن صدقه وصادقوه على ذلك ثبت نسبه منهم وعقلوا عنه .

فان قال جماعة من الناس انه ليس منهم وشهدوا بذلك لم ينتف نسبه منهم بذلك .

وقال مالك ينتفى نسبه ، وهذا غلط لأنه نفى محض فلم يزل به نسب حكم بثبوته فان جاء آخر من غيرهم وقال هو ابنى وولد على فراشى وأقام بينة على ذلك ثبت نسبه منه وانتفى نسبه من الأولين ؛ لأن البينة أقوى من مجرد الدعوى .

فـــرع اذا لم يكن للجانى عصبة من النسب ولا من يحمل من جهة الولاء وليس هناك بيت مال فهل يجب الدية فى ماله ؟ فيه قولان بناء على أن الدية هل تجب على العاقلة ابتداء أو على الجانى ؟ ثم تحمل العاقلة عنه ؟ وفيه قولان :

(أحدهما) أنها تجب الدية على العاقلة ابتداء ، لأنهم المطالبون بها ، فعلى هذا لا تجب فى مال الجانى .

(والثانى) أنها تجب على الجانى ابتداء ثم تتحملها العاقلة عنه لأنه هو المباشر للجناية ، فعلى هذا يجب أداء الدية من ماله ، فاذا قلنا بهذا وكان له أب وابن فهل يحملان ؟ فيه وجهان :

قال أبو على الطبرى : يحملان ويقدمان على الجانى ، لأنا انما نحمل عليهما ابقاء على الجانى ، فاذا حمل الجانى كانا أولى بالحمل ، وقال الشيخ الامام : يحتمل عندى أنه لا يجب عليهما . الخ العبارة .

وقوله : الشيخ الامام حرس الله مدته ، يحتمل أنه يعنى بهـذا امام الحرمين أبا المعـالى المولود ثامن المحرم سنة ٤١٩ والمتوفى ليلة الأربعـاء الخامس والعشرين من ربيع الآخر سنة ٤٧٨ .

فاذا عرفنا أن المصنف رحمه الله توفى سنة ٤٧٦ عرفنا أن الله استجاب دعاءه الا أنه يرد على هذا أن امام الحرمين أصغر من المصنف بنحو ست وعشرين سنة فيبعد أن ينقل عنه بهذا الاحتفاء . ولعله لم ترد فى المهـذب هذه العبارة الا فى هذا الموضع اذ لم ينتبه اليها الامام النووى رحمه الله والا أوضحها فى خطبته العظيمة فى مقدمة المجموع ، ويحتمل أن يكون مراده بالامام حرس الله مدته شيخه القاضى أبا الطيب . وهذا هو الراجح عندى ، وقد ولد القاضى أبو الطيب بآمل سنة ٣٤٨ ، وتوفى ببغداد يوم السبت لعشر بقين من ربيع الأول سنة ٤٥٠ عن مائة سنة واثنتين .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصــــل ولا يعقل مسلم عن كافر ، ولا كافر عن مسلم ، ولا ذمى عن حربى ، ولا حربى عن ذمى ، لأنه لا يرث بعضهم من بعض ، فان رمى نصرانى سهما الى صيد ثم اسلم ثم اصاب السهم انسانا وقتله وجبت الدية فى ماله ، لأنه لا يمكن ايجابها على عاقلته من النصارى ، لأنه وجد القتل وهو مسلم ، ولا يمكن ايجابها على عاقلته من المسلمين ، لأنه رمى وهو نصرانى ، فان قطع نصرانى يد رجل ثم اسلم ومات المقطوع عقلت عنه عصباته من النصارى دون المسلمين ، لأن الجناية وجدت منه وهو نصرانى ، ولهذا يجب بها القصاص ولا تسقط عنه بالاسلام ، وان رمى مسلم سهما الى صيد ثم ارتد ثم اصاب السهم انسانا فقتله وجبت الدية فى ذمته ، لأنه لا يمكن ايجابها على عاقلته من المسلمين ، لأنه وجد القتل وهو مرتد ، ولا يمكن ايجابها على الكفار لأنه ليس منهم عاقلة يرثونه ، فوجبت فى ذمته .

وان جرح مسلم انسانا ثم ارتد الجارح وبقى فى الردة زمانا يسرى فى مثله الجرح ثم اسلم ومات المجروح وجبت الدية ، وعلى من تجب ؟ فيه قولان :

(احدهما) تجب على عاقلته لأن الجناية فى حال الاسلام وخروج الروح فى حال الاسلام ، والعاقلة تحمل ما يجب بالجنايتين فى حال الاسلام فوجبت ديته عليها ، (والقول الثانى) : انه يجب على العاقلة نصف الدية ، ويجب فى مال الجانى النصف ، لأنه وجد سراية فى حال الاسلام وسراية فى حال الردة ، فحملت ما سرى فى حال الاسلام ولم تحمل ما سرى فى الردة .

فصــــل ولا يعقل صبى ولا معتوه ولا امرأة لأن حمل الدية على سبيل النصرة ، بدلا عما كان فى الجاهلية من النصرة بالسيف ، ولا نصرة فى الصبى والمعتوه والمرأة ، ويعقل المريض والشيخ الكبير اذا لم يبلغ المريض حد الزمانة والشيخ حد الهرم ، لأنهما من اهل النصرة بالتدبير ، وقد قاتل عمار فى محفة . واما اذا بلغ الشيخ حد الهرم والمريض حد الزمانة ففيه وجهان بناء على القولين فى قتلهما فى الأسر ، فان قلنا انهما يقتلان فى الأسر عقلا ، وان قلنا لا يقتلان فى الأسر لم يعقلا) .

الشرح لا يعقل مسلم عن كافر ولا كافر عن مسلم لأنهما لا يتوارثان ويعقل أهل الذمة بعضهم عن بعض اذا ثبت اتصال نسبهم الى أب ، سواء كانوا على ملة واحدة كاليهودية ، أو على ملتين كاليهودية والنصرانية . وقال أبو حنيفة : ولا يعقل ذمى عن ذمى . دليلنا أنهم

يتوارثون فتعاقلوا كالمسلمين ، ولا يعقل ذمي عن حربي ولا حربي عن ذمي وان جمعتهما ملة واحدة وأب واحد ، لأنهما لا يتوارثان فلم يتعاقلا كالأجنبيين . فان لم يكن للذمي عاقلة من النسب وله مولى من أعلا حمل عنه اذا كان يرثه ؛ وكذلك ان كان له عصبة موالي أو مولى مولى ، وهل يحمل عنه المولى من أسفل ؟ على القولين فيمن لم يكن له عاقلة أو كان له عاقلة ولا يقدر على جميع الدية فهل يجب فى ماله ؟ على القولين فى المسلم ، فان قلنا يجب فى ماله فهل يحمل عنه أبوه وابنه ؟ على الوجهين .

فرع اذا رمى ذمي سهماً الى غرض فأسلم ثم وقع السهم فى انسان فقتله وجبت الدية فى ماله لأنه لا يمكن ايجابها على عاقلته من المسلمين ؛ لأن الرمي وجد منه وهو ذمي ، ولا يمكن ايجابها على عاقلته من أهل الذمة ، لأن الاصابة وجدت وهو مسلم فلم يبق الا ايجابها فى ماله وان رمى مسلم ثم ارتد وجب فى ماله لأنه لا يمكن ايجابها على عاقلته من المسلمين ، لأن الاصابة وجدت وهو مرتد ، ولا يمكن ايجابها على عاقلته من الكفار لأنه لا عاقلة له منهم ، فان قطع ذمي يد رجل خطأ فأسلم الذمي ثم مات المقطوع من الجناية قال أبو اسحاق المروزي : عقلت عنه عصباته من أهل الذمة دون المسلمين ، لأن الجناية وجدت وهو ذمي ، ولهذا يجب بها القصاص ولا يسقط عنه بالاسلام .

وقال ابن الحداد : يجب على عاقلته من أهل الذمة أرش الجراحة لا غير ، ولا تحمل ما زاد لأنه وجب بعد الاسلام ، وتجب الزيادة فى مال الجاني ولا تحمل عاقلته من المسلمين ؛ لأن سببها كان فى الكفر .

قال ابن الحداد : وان جنى ذمي على رجل خطأ ثم أسلم الجاني ثم جنى على المجني عليه جناية أخرى خطأ ومات من الجنايتين فان على عاقلته من المسلمين نصف الدية ، وعلى عاقلته من أهل الذمة أقل الأمرين من أرش الجناية فى حال الذمة أو نصف الدية ، فان كان نصف الدية أقل لزمهم ذلك ، وان كان أرش الجناية أقل لزمهم قدر الأرش وما زاد عليه الى تمام نصف الدية يجب فى مال الجاني ، لأنه وجب بعد الاسلام ، ولا فرق بين

أن يجرحه فى حال الذمية جراحة أو بعد الاسلام جراحة واحدة ، فان الدية مقسومة على الحالين • فيجب على عاقلته من المسلمين نصف الدية وعلى عاقلتــه من أهل الذمة أقل الأمرين من نصف الدية وأرش الجــراحة أو الجراحات فى حال الذمة : فان جرحه فى حال الذمه خطأ ثم أسلم ثم قتله خطأ دخل الأرش فى دية النفس على المذهب فكانت الدية على عاقلته من المسلمين ؛ وعلى قول أبى سـعيد الاصطخرى وأبى العبـاس ابن سريج لا يدخل فيكون أرش الجراحة على عاقلته من أهل الذمة ودية النفس على عاقلته من المسلمين •

وان جرح مسلم انسانا خطأ ثم ارتد الجارح وبقى فى الردة زمانا يسري فى مثله الجرح ثم أسلم ثم مات المجروح وجبت الدية ؛ وعلى من تجب ؟ فيه قولان :

(أحدهما) تجب على عاقلته ، لأن الجراحة والموت وجدا فى الاسلام•
(والثانى) يجب على العاقلة نصف الدية ؛ وفى مال الجانى النصف لأنه وجد سراية فى حال الاسلام وسراية فى حال الردة ؛ فحملت ما سرى فى الاسلام ولم تحمل ما سرى فى الردة •

قوله « ولا يعقل صبى ولا معتوه ولا امرأة » الخ ؛ فجملة ذلك أنه اذا جنى الصبى أو المجنون أو المعتوه جناية خطأ أو عمد خطأ أو عمدا محضا وقلنا ان عمده خطأ فان عاقلته تحمل عنه الدية لأن تحمل العاقلة للدية جعل بدلا عن التناصر فى الجاهلية بالسيف ؛ وهو ممن لا تنصرهم عاقلتهم •

وان جنى أحد من عصبة الصبى والمجنون والمعتوه خطأ أو عمد خطأ لم يحمل الصبى والمجنون والمعتوه لأنهم ليسوا من أهل النصرة ، وان جنت المرأة أو الخنثى المشكل خطأ أو عمد خطأ حملت عاقلتهما عنهما الدية ؛ وان جنى أحد من عصباتهما لم يحملا عنه الدية لما ذكرناه فى الصبى والمجنون ؛ فان بان الخنثى رجلا فانه يحمل العقل •

فـــرع ويحمل المريض اذا لم يبلغ الزمانة ؛ أى دوام المرض زمانا

طويلا ، وكذلك الشيخ اذا لم يبلغ الهرم ، لأنهما من أهل النصرة ؛ فان بلغ الشيخ الهرم والشاب المريض الزمانة فهل يحملان الدية ؟

قال الشيخ المصنف : فيه وجهان بناء على القولين في جواز قتلهما اذا أسرا وقال ابن أبى هريرة : ان كانت الزمانة من اليدين والرجلين لم يحملا • وذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايينى : أنهما يحملان وجها واحداً •

قوله « وقد قاتل عمار على محفة » فان عمارا يقول : كنت تربا للنبى صلى الله عليه وسلم لسنه • وروى عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة قال : رأيت عمارا يوم صفين شيخا آدم طوالا ، وأن الحربة فى يده لترعد • وعن ابن عمر قال « رأيت عمارا يوم اليمامة على صخرة وقد أشرف يصيح يا معشر المسلمين أمن الجنة تفرون ؟ هلموا الى ؛ وأنا أنظر الى أذنه قد قطعت فهى تذبذب وهو يقاتل أشد القتال » وكلام المصنف صريح فى أنه كان لا يستطيع الثبات والاستقرار على راحلته ؛ ولعله جاء من توهم بعض الرواة من احداث الشيخوخة حيث قتل وعمره ثلاث وتسعون سنة ، بيد أن القضية التى ساقها المصنف يرد عليها ما رواه الذهبى فى سير أعلام النبلاء بسنده عن يحيى بن سعيد عن عمه قال « لما كان اليوم الذى أصيب فيه عمار اذا رجل قد برز من الصفين جسيم على فرس جسيم ؛ ضخم على ضخم ينادى : يا عباد الله ـ بصوت موجع ـ روحوا الى الجنة ؛ ثلاث مرات ؛ الجنة تحت ظلال الأسل ؛ فثار الناس فاذا هو عمار ، فلم يلبث أن قتل » •

وروى ابن عبد البر فى الاستيعاب عن الأعمش عن أبى عبد الرحمن السلمى قال : شهدنا مع على رضى الله عنه صفين ؛ فرأيت عمار بن ياسر لا يأخذ فى ناحية ولا واد من أودية صفين إلا رأيت أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يتبعونه كأنه علم لهم ، وسمعت عماراً يقول يومئذ لهاشم بن عقبة : يا هاشم تقدم ، الجنة تحت الأبارقة اليوم ألقى الأحبة ، محمدا وحزبه الخ •

وروى الشعبى عن الأحنف بن قيس فى خبر صفين ، قال ثم حمل عمار فحمل عليه ابن السكسكى وأبو الغادية الفزارى ، فأما أبو الغادية فطعنه ، وأما ابن جزء فاحتز رأسه . فاذا عرفنا أن المحفة مركب من مراكب النساء كالهودج استبعدنا صحة ما أثبته المصنف هنا لما ذكرناه .

قال المصنف رحمه الله تعالى

فصل ولا يعقل فقير لأن حمل الدية على العاقلة مواساة والفقير ليس من اهل المواساة ، ولهذا لا تجب عليه الزكاة ولا نفقة الاقارب ، ولأن العاقلة تتحمل لدفع الضرر عن القاتل ، والضرر لا يزال بالضرر ، ويجب على المتوسط ربع دينار ، لأن المواساة لا تحصل باقل قليل ، ولا يمكن ايجاب الكثير ، لأن فيه اضراراً بالعاقلة ، فقدر اقل ما يؤخذ بربع دينار ، لأنه ليس فى حد التافه . والدليل عليه انه تقطع فيه يد السارق ، وقد قالت عائشة رضى الله عنها « يد السارق لم تكن تقطع فى عهد رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وسلم فى الشيء التافه » ويجب على الغنى نصف دينار لأنه لا يجوز ان يكون ما يؤخذ من الغنى والمتوسط واحدا فقدر بنصف دينار ، لأنه اقل قدر يؤخذ من الغنى فى الزكاة التى قصد بها المواساة ، فيقدر ما يؤخذ من الغنى فى الدية بذلك ، لأنه فى معناه ، ويجب هذا القدر فى كل سنة لأنه حق يتعلق بالحال على سبيل المواساة فتكرر بتكرر الحول كالزكاة ، ومن اصحابنا من قال يجب ذلك القدر فى الثلاث سنين ، لأنا لو أوجبنا هذا القدر فى كل سنة اجحف به ، ويعتبر حاله فى الفقر والغنى والتوسط عند حلول النجم ، لأنه حق مال يتعلق بالحول على سبيل المواساة ، فاعتبر فيه حاله عند حلول الحول كالزكاة ، فان مات قبل حلول الحول لم تجب كما لا تجب الزكاة اذا مات قبل الحول ، وان مات بعد الحول لم يسقط ما وجب كما لا يسقط ما وجب من الزكاة قبل الموت .

فصل واذا اراد الحاكم قسمة الدية على العاقلة قدم الاقرب فالاقرب من العصبات على ترتيبهم فى الميراث ، لأنه حق يتعلق بالتعصيب فقدم فيه الاقرب فالاقرب كالميراث ، وان كان فيهم من يدلى بالأبوين وفيهم من يدلى بالأب ففيه قولان (احدهما) انهما سواء لتساويهما فى قرابة الأب ، لأن الأم لا مدخل لها فى النصرة وحمل الدية فلا يقدم بها (والثانى) يقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب لأنه حق يستحق بالتعصيب ، فقدم من يدلى بالأبوين على من يدلى بالأب كالميراث ، فان امكن ان يقسم ما يجب على الاقربين منهم لم يحمل على من بعدهم ، وان لم يمكن ان يقسم على الأقربين لقلة عددهم قسم ما فضل على من بعدهم على الترتيب ، فان كان القاتل من بنى هاشم

قسم عليهم ، فان عجزوا دخل معهم بنو عبد مناف ، فان عجزوا دخل معهم بنو قصى ، ثم كذلك حتى تستوعب قريش ، ولا يدخل معهم غير قريش ، لأن غيرهم لا ينسب اليهم ، وان غاب الأقربون فى النسب وحضر الأبعدون ففيه قولان :

(احدهما) يقدم الأقربون فى النسب لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم فيه الأقربون فى النسب كالميراث .

(والثانى) يقدم الأقربون فى الحضور على الأقربين فى النسب ، لأن تحمل العاقلة على سبيل النصرة والحاضرون احق بالنصرة من الغيب ، فعلى هذا ان كان القاتل بمكة وبعض العاقلة بالمدينة وبعضهم بالشام قدم من بالمدينة على من بالشام لأنهم اقرب الى القاتل وان استوت جماعة فى النسب وبعضهم حضور وبعضهم غيب ففيه قولان :

(احدهما) يقدم الحضور لانهم اقرب الى النصرة .

(والثانى) يسوى بين الجميع كما يسوى فى الميراث ، وان كثرت العاقلة وقل المال المستحق بالجناية بحيث اذا قسم عليهم خص المتوسط دون ربع دينار والغنى دون نصف دينار ، ففيه قولان :

(احدهما) ان الحاكم يقسمه على من يرى منهم ، لان فى تقسيط القليل على الجميع مشقة .

(والثانى) وهو الصحيح انه يقسم على الجميع لأنه حق يستحق بالتعصيب ، فقسم قليله وكثيره بين الجميع كالميراث .

فصل ان جنى عبد على حر او عبد جناية توجب المال تعلق المال برقبته لانه لا يجوز ايجابه على المولى ، لأنه لم يوجد منه جناية ، ولا يجوز تاخيره الى ان يعتق ، لانه يؤدى الى اهدار الدماء فتعلق برقبته ، والمولى بالخيار بين ان يبيعه ويقضى حق الجناية من ثمنه وبين ان يفديه ، ولا يجب عليه تسليم العبد الى المجنى عليه ، لأنه ليس من جنس حقه . وان اختار بيعه فباعه ـ فان كان الثمن بقدر مال الجناية ـ صرفه فيه ، وان كان اكثر قضى ما عليه والباقى للمولى وان كان اقل لم يلزم المولى ما بقى لان حق المجنى عليه لا يتعلق باكثر من الرقبة فان اختار ان يفديه ففيه قولان :

(احدهما) يلزمه ان يفديه باقل الأمرين من ارش الجناية او قيمة العبد ، لانه لا يلزمه ما زاد على واحد منهما .

(والقول الثانى) : يلزمه ارش الجناية بالغاً ما بلغ او يسلمه للبيع ، لانه قد يرغب فيه راغب فيشتريه باكثر من قيمته ، فاذا امتنع من البيع لزمه الأرش بالغاً ما بلغ . وان قتل عشرة اعبد لرجل عبداً لآخر عمداً فاقتص مولى المقتول من خمسة وعفا عن خمسة على المال تعلق برقبتهم نصف القيمة فى رقبة كل واحد منهم عشرها ، لانه قتل خمسة بنصف عبده ، وعفا عن خمسة على المال وبقى له النصف) .

الشرح خبر عائشة رضى الله عنها أخرجه البيهقى عن هشام بن عروة عن أبيه عنها ـ أما أحكام هذه الفصول فانه لا يحمل العقل من العاقلة الا الغنى والمتوسط ، فأما الفقير ـ وهو من لا يملك ما يكفيه على الدوام ـ فانه لا يحمل العقل ، وعلى هذا أكثر أهل العلم ؛ وهذا قول مالك وأحمد وأصحاب الرأى ، وحكى بعضهم عن مالك وأبى حنيفة أن للفقير مدخلا فى التحمل ، وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد لأنه من أهل النصرة كالغنى . والصحيح الأول لأن العاقلة انما تحمل الدية عن القاتل على طريق الرفق والمواساة ؛ والفقير ليس من أهل المواساة ؛ ولأن الدية انما نقلت الى العاقلة تخفيفا عن القاتل لئلا يجحف بماله ؛ فلو أوجبنا ذلك على الفقير لدفعنا الضرر عن القاتل وألحقناه بالفقير ؛ والضرر لا يزال بالضرر ، ويجب على المتوسط ربع دينار ، لأنه ليس فى حد التافه . وهذا احدى الروايتين عن أحمد لأن اليد لا تقطع فى الشىء التافه ، على ما ورد فى قول عائشة .

وقد ثبت أن اليد لا تقطع بدون ربع دينار ؛ فاذا كان الدينار نحو خمسة عشر جراماً وكان الجرام من عيار ٢١ يساوى ٢٩٠ قرشاً كان ربع الدينار يساوى عشرة جنيهات مصرية وثلثاً أو نحو خمسة عشر دولارا أو ما يقابلها من عملات ونقود ؛ ويجب على الغنى نصف دينار ؛ لأنه لا يجوز أن يكون ما يؤخذ من الغنى والمتوسط واحداً فقدر من يؤخذ من الغنى نصف دينار لأنه أول قدر يؤخذ منه فى زكاة الذهب .

اذا ثبت هذا فهل يجب هذا القدر على المتوسط والغنى مقسوماً على الثلاث سنين أو يجب هذا القدر فى كل سنة من الثلاث سنين ؟ فيه وجهان:

(أحدهما) أن هذا القدر يجب مقسوماً فى ثلاث سنين لا غير ؛ فعلى

هذا لا يجب على المتوسط أكثر من ربع دينار فى كل سنة نصف سدس دينار ؛ ويجب على الغنى نصف دينار فى ثلاث سنين ، فى كل سنة سدس دينار ، لأن الشافعى رضى الله عنه قال : يحمل من كثر ماله نصف دينار ؛ وهذا يقتضى أن هذا جميع ما يحمله ؛ ولأن ايجاب ما زاد على ذلك عليه يجحف به .

(والثانى) وهو الأصح أن هذا القدر يجب فى كل سنة من الثلاث سنين ، فيكون جميع ما يجب على المتوسط فى الثلاث سنين ثلاثة أرباع دينار ، وجميع ما يجب على الغنى فى الثلاث سنين دينار أو نصف ؛ لأن الشافعى رحمه الله قال : يحمل الغنى نصف دينار والمتوسط ربع دينار حتى يشترك النفر فى بعير . وظاهر هذا أنهم يحملون هذا القدر كل سنة من الثلاث ؛ ولأنه حق يتعلق بالحول على سبيل المواساة فتكرر بتكرر الأحوال كالزكاة .

اذا ثبت هذا فان الجماعة من العاقلة يشتركون فى شراء بعير ، لأن الواجب عليهم الابل لا الدنانير . هذا مذهبنا .

وقال مالك وأحمد : يحملون قدر ما يطيقون ؛ فعلى هذا لا يتقدر شرعا وانما يرجع فيه الى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدراً يسهل ولا يؤذى ؛ لأن التوقيت لا يثبت الا بتوقيف ؛ ولا يثبت بالرأى والتحكم ، ولا نص فى هذه المسألة فوجب الرجوع فيها الى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات ، وعن أحمد رواية أخرى كمذهبنا .

وقال أبو حنيفة : الفقير والمتوسط والغنى سواء ؛ فأكثر ما يحمله الواحد منهم أربعة دراهم وأقله ليس له حد ؛ واختار ابن قدامة من مجتهدى الحنابلة استواءهم فى الواجب كاستوائهم فى القرابة فكانوا سواء كما لو قلوا وكالميراث .

دليلنا أنه حق مخرج على وجه المواساة فاختلف بكثرة المال وقلته

كالزكاة ؛ ويعتبر حال كل واحد منهم فى البلوغ والعقل واليسار والاعسار والتوسط عند حلول الحول كما يعتبر النصاب فى آخر الحول . فان كان معسراً عند حلول الحول لم يجب عليه شيء ؛ فان أيسر بعد ذلك لم يجب عليه شيء من الثلث الواجب قبل يساره فان كان موسراً عند حلول الحول الثانى وجب عليه ؛ وان كان معسراً عند حلول الحول فأعسر قبل دفع ما عليه كان ديناً فى ذمته الى أن يوسر ؛ لأنه قد وجب عليه ، وان مات واحد منهم بعد الحول وهو موسر لم يسقط عنه . بل يجب قضاؤه من تركته .

وقال أبو حنيفة :« يسقط » دليلنا أنه مال استقر وجوبه فى حال الحياة ، فلم يسقط بالموت كالدين .

مسألة قال الشافعي رضى الله عنه : ومعرفة العاقلة أن ينظر الى اخوته لأبيه وأمه فيحملهم ، وجملة ذلك أن الحاكى اذا أراد قسمة العقل فانه يبدأ بالاخوة للأب والأم وللأب ، لأنهم أقرب العاقلة ، فيؤخذ من الغنى منهم نصف دينار ؛ ومن المتوسط ربع دينار ؛ فان وفى ذلك ثلث الدية لم يحمل على من بعدهم ، وان لم يف حمل على بني الاخوة وان سفلوا لم يف ذلك حمل على الأعمام ؛ فان لم يف ذلك حمل على بنى الأعمام الى أن يستوعب جميع القبيل الذى يتصل أبو الجانى بأبيهم ؛ فان لم يف ما حمل عليهم بثلث الدية حمل عنه المولى ومن أدلى به ؛ فان لم يف ما حمل عليهم بثلث الدية حملت تمام الثلث فى بيت المال ، وعلى هذا فى الحول الثانى والثالث ، وبما ذكرناه قال أحمد ، وقال أبو حنيفة : يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم ؛ لأن النبى صلى الله عليه وسلم جعل دية المقتولة على عصبة القاتلة .

دليلنا أنه حكم تعلق بالتعصيب فوجب أن يقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث ؛ والخبر لا حجة فيه ، لأننا نقسمه على الجماعة اذا لم يف به الأقرب فتحمله على ذلك .

اذا ثبت هذا واجتمع فى درجة واحدة ابنـان ، أحدهما يدلى بالأب والأم والآخر بالأب لا غير ، كأخوين أو ابنى أخ أو عمين أو ابنى عم ففيه قولان • قال فى القديم : هما سواء لأنهما متساويان فى قرابة الأب وأما الأم فلا مدخل لها فى النصرة وحمل العقل فلم يرجح بها •

وقال فى الجـديد : يقدم من يدلى بالأب والأم لأنه حق يسـتحق بالتعصيب فقدم فيه من يدلى بالأبوين على من يدلى بأحدهمـا كالميراث • وعند أحمد وجهان كالقولين آنفا ، فاذا اجتمع جماعة من العاقلة فى درجة واحدة ، فكان الأرش الواحد بحيث اذا قسم عليهم خص الغنى منهم دون نصف دينار ، والمتوسط منهم دون ربع دينار ففيه قولان :

(أحـدهما) يقسط عليهم على عـددهم لأنهم استووا فى الدرجة والتعصيب ، فقسم المال بينهم على عددهم كالميراث •

(والثانى) يخص به الحاكم من رأى منهم لأنه ربما كان العقل قليلا فخص كل واحد منهم فلس أو مليم • وفى تقسيط ذلك سفه •

فـــرع اذا كان جميع العاقلة حضوراً فى بلد القاتل فان الحاكم يقسم الدية عليهم على ما مضى ، وان كانوا كلهم غائبين عن بلد القاتل وهم فى بلد واحد فان حاكم البلد الذى فيه القاتل اذا ثبت عنده القتل يكتب الى حاكم البلد الذى فيه العاقلة ليقسم الدية عليهم ، فان كان بعض العاقلة حضوراً فى بلد القاتل وبعضهم غائباً عنه فى بلد آخر نظرت ــ فان حضر معه الأقربون اليه ، وأمكن أن يحمل ثلث الدية على الأقربين ــ لم يحمل على من بعدهم ، وان لم يكن حمل ثلث الدية على الأقربين حمل على من بعدهم ، وان كانوا غائبين ، وبهذا قال أحمد وأصحابه وأبو حنيفة ، وان كان جماعة من العـاقلة فى درجة واحدة وبعضهم حاضر فى بلد القـاتل وبعضهم غائب عنه فى بلد آخر ، فان لم يكن فى الحضور سـعة لاستغراق الدية ففيه قولان :

(أحدهما) أن الحاكم يقسم الدية على الحاضرين دون الغائبين ، وهو قول مالك رضى الله عنه •

(والثانى) تقسم الدية على الجميع ؛ وبه قال أبو حنيفة وأحمد ؛ فان حضر معه الأبعدون وغاب الأقربون فاختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو اسحاق والمسعودى هى على القولين فى التى قبلها ، وقال الشيخ أبو حامد وأكثر أصحابنا يقدم الأقربون قولا واحداً ، لأنه مبنى على التعصيب ؛ وكل من قرب كان أولى كالميراث •

اذا ثبت هذا فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يقدم نجم الا بعد حلوله • وجملة ذلك أن الدية اذا وجبت على العاقلة - فان كانت الابل موجودة معهم أو فى بلدهم بثمن مثلها عند الحول وجب عليهم أن يجمعوا ما وجب على كل واحد منهم ويشتروا به ابلا - فان كانت معدومة أو موجودة بأكثر من ثمن مثلها انتقلوا الى بدلها ؛ وبدلها فى قوله القديم اثنا عشر ألف درهم أو ألف مثقال ؛ وفى قوله الجديد قيمتها ، فاذا قلنا : تجب قيمتها فانها تقوم عليهم عند حلول الحول أقل ابل لو بذلوها ولزم الولى قبول ذلك ؛ فان أخذ الولى القيمة ثم وجدت الابل لم يكن له المطالبة بالابل ؛ لأن الذمة قد برئت بالقبض ؛ وان قومت الابل ثم وجدت الابل قبل قبض القيمة كان للولى أن يطالب بالإبل ، لأن حقه فى الإبل لم يسقط بالتقويم ، الله تعالى أعلم بالصواب •



فهارس الجزء العشرون

الجــزء التاسع من التكملة

اولا : الآيات القرآنية

ثانياً : الأحاديث والآثار والأخبار

ثالثاً : الشــعر

رابعاً : الأعـــــلام

خامساً : الأحـــــكام



اولا ـ الآيات القرآنية

الآية ـ ورقمها	الصفحة
ـ ٦ : الطلاق	١٧٣
تذهل كل مرضعة عما أرضعت ـ ٢ : الحج	٧٨
تلك حدود الله فلا تعتدوها ـ ٢٢٩ : البقرة ..	٣٣
تلك حدود الله فلا تقربوها ـ ٢٢٩ : البقرية ١٨٧ : البقرة	٣٣
تساقط عليك رطباً جنيا ـ آية ٢٥ : مريم	٢٤٢
جهنم يصلونها فبئس القرار ـ آلة ٢٩ : ابراهيم	٣٠٨
الحر بالحر ـ آية ١٧٨ : البقرة	٢٩١
حرمت عليكم امهاتكم ـ آية ٢٣ : النساء	٥٩ ـ ٨٠
ذو مرة فاستوى ـ آية ٦ : النجم	١٩٦
ربنا واجعلنا مسلمين لك ومن ذريتنا امة مسلمة لك ـ آية ١٢٨ : البقرة	١٩٠
سيصلى ناراً ذات لهب ـ آية ٣ : المسد	٣٠٨
فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله ـ آية ١٠ : الجمعة	١٩٠ـ٢٥٤
فاذا قضيتم مناسككم ـ آية ٢٠٠ : البقرة	١٩٠
فاقض ما أنت قاض ـ آية ٧٢ : طه	١٩٠
فان أرضعن لكم فآتوهن اجورهن ـ آية ٦ : الطلاق	١٩٢ـ١٩٨ـ١٩٩ـ ٢٠٩ـ٢١٠ـ٢١٢
فان خفتم الا تعدلوا فواحدة او ما ملكت ايمانكم ذلك ادنى أن لا تعولوا ـ آية ٣ : النساء	٤١٦
فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة ـ آية ٩٢ : النساء	٤١٦
فخرج منها خائفاً يترقب ـ آية ٢١ : القصص ..	٢٥٥
فصيام ثلاثة ايام فى الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة ـ آية ١٩٦ : البقرة	٤٥٧

الآية ـ ورقمها	الصفحة
	٢٥٨

الآية ــ ورقمها	الصفحة
.. ..	٢٣٦ـ٢٥٦ـ٢٥٩
.. ..	٣٩٥
ولقد كرمنا بنى آدم وحملناهم فى البر والبحر ورزقناهم من الطيبات وفضلناهم على كثير ممن خلقنا تفضيلا ــ آية ٧٠ : الاسراء	٢٦٢
ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ــ آية ١٤١ : النساء	٢٢٢
ولكم فى القصاص حياة يا اولى الألباب ــ آية ١٧٩ : البقرة	٢٦٧ـ٢٧٠ـ٢٧٤
.. ..	٢٧٥ـ٢٩١
وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ ــ آية ٩٢ : النساء	٢٦٦
وما كنت بجانب الغربى اذ قضينا الى موسى الأمر ــ آية ٤٤ : القصص	١٩٠
وما الله يريد ظلما للعباد ــ آية ٣١ : غافر	٢٥٧
ومن احسن من الله حكما لقوم يوقنون ــ آية ٥٠ : المائدة	٢٨٨
ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف فى القتل انه كان منصورا ــ آية ٣٣ : الاسراء	٢٤٤ـ٢٧٠ـ٢٩١
.. ..	٢٧٢ـ٢٧٤ـ٢٧٥
ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ــ آية ٩٢ : النساء	٣٦٢ـ٤١٢ـ٤١٥
ومن لم يحكم بما انزل الله فأولئك هم الكافرون ــ آية ٤٤ : المائدة	٢٦٨
ولا تزر وازرة وزر اخرى ــ آية ١٦٤ : الأنعام ..	١٦
ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن ــ آية ١٦ : الطلاق	١٦
ولا تقتلوا النفس التى حرم الله الا بالحق ــ آية ٣٣ : الاسراء	٢٦٦

الآية ـ ورقمها	الصفحة

ثانياً ـ الأحاديث والآثار والأخبار

« حرف الألف »

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

((حرف الباء))

((حرف التاء))

الصفحة

((حرف الخاء))

الصفحة

« حرف الذال »

« حرف الراء »

الصفحة

الصفحة

((حرف العين))

((حرف الفاء))

الصفحة

«حرف القاف»

الصفحة

الصفحة

الصفحة

« حرف الكاف »

الصفحة

« حرف اللام »

الصفحة

الصفحة

« حرف الميم »

الصفحة

« حرف النون »

« حرف الهاء »

« حرف الواو »

الصفحة

« حرف اليـاء »



ثالثاً ـ الأشعار الاستشهادية

الابيـــات	الصفحة
قال ذو الرمة .	
اذا الأروع المشبوب اضحى كأنه	
على الرحل مما مسه السير احمق	٣٣
قال رؤبة بن العجاج :	
لله در الغانيـات المـــــره	
سبحن واسترجعن من تألهى .	٣٣
تجلو بقادمتي حمامة ايكة	
برداً تعل لثاته بدمشام .	٣٤
وما الحلى الا زينة لنقيضة	
يتمم من حسن اذا الحسن قصرا	
فأما اذا كان الجمال موفراً	
كحسنك لم يحتج الى ان يزورا	٤٠
قال المتنبي .	
يبكى عليهن البطارين فى الضحى	
وهن لدينا ملقيات كواسد	
بذا قضت الأيام ما بين اهلها	
مصائب قوم عند قوم فوائد	٧٦
قال الأعشى :	
ارى رجلا منكم اسيفا كأنما	
يضم الى كشحيه كفا مخضبا	١٥٠
قال النابغة :	
سهكين من صدا الحديد كأنهم	
تحت السنور جنة البقار	١٥١

الأبيـــات	الصفحة
غـــذوتك مولوداً وعلتـــك يافعـــا تعـــل بمـــــا أدنى اليك وتنهـــــل	
اذا ليلة نابتك بالشـــكوى لم أبت لشـــــكواك الا ســــــاهراً أتململ	
كأنمـــا أنا المطـــروق دونك بالذى طرقت به دونى وعيـــنى تهمـــــل	
فلما بلغت الســـــن والغـــاية التى اليها مـــدى ما كنت فيك أؤمـــل	
جعلت جزائى فيك جبهـــا وغلظة كأنك أنت المنعـــــم المتفضـــــــل	
فليتـــك اذا لم تـــرع حـــق أبوتى فعلت كما الجار المجـــاور يفعـــل	
تراه معـــــداً للخــــلاف كأنـــــه يـــرد على أهـــل الصـــواب موكل	١٩٤
قال الكميت :	
كما ضـامرت فى حضـــنها أم عامر لدى الحبل حتى نما الأولى عيالها	٢٢١
قال أبو حية النميرى :	
وان دما لـــو تعلمـــــين جنيقـــــه على الحى جانى مثله غير ســـالم	٢٤١
قال شمر :	
جانيـــك من يجنى عليـــك وقـــد تعدى الصـــحاح فتجـــرب الجرب	٢٤٢
قال أبو ذؤيب :	
وهلاهما قد عاش عيشـــة ماجد وجـــنى العلاء لو أن شـــيئاً ينفع	٢٤٢
اذا دميت بمـــــا فى البيت قالت تجمـــد من الجـــــدال وما جنيت	٢٤٢

الأبيـــات	الصفحة
يا ايهـا النـــاس لقيت منـكرا هل يعقل الأعمى الصـحيح المبصرا خراسعاً كلاهما تكسرا	٤٤٨
قال الشاعر : فلا تشـلل يد فتكت بعمـرو فانك لن تـذل ولن تضـاها	٥٢٥
انشد الأزهرى لذى الرمة : وكنـا اذا القيس نب عقـود ضربنـاه فوق الانثيين على الكرد	٥٣٢
وقال ابن سيده وقول الفرزدق : وكنـا اذا الجبـار صـعر خـده ضربنـاه تحت الأنثيين على الكرد	٥٣٢
قالت كبشة اخت عمرو بن معديكرب : وارسـل عبد الله اذ حان يـومه الى قـومه لا تعقلوا لهـم دمى	٥٥٨
تالله لـولا الله ما اهتدينـا ولا تصـدقنا ولا صـلينا ان الذين بغوا علينـا اذا ارادوا فتنـه ابينـا ونحمد على فضلك ما استغنينا فثبت الاقـدام ان لاقينـا وانزلن سـكينة علينا قـد علمت خيـبر انى مرحب شـاكى السلاح بطل مجـرب اذا الحـروب اقبلت تلهب قـد علمت خيبر انى عامـر شـاكى السـلاح بطـل مغـامر	٥٦٣

رابعاً ــ الأعـــلام

((حرف الألف))

افلح مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم .. ٧٧ ، ٧٩ ، ٨٢ ، ٨٤
آمنة بنت وهب بن عبد مناف بن زهرة بن كلاب ١١٣
امية بن ابى الصلت ١٩٣
ابن الانبارى ٥٥٨

((حرف الباء))

« حرف التاء »

«حرف الثاء»

«حرف الجيم»

((حرف الحاء))

«حرف الخاء»

«حرف الدال»

«حرف الذال»

« حرف الراء »

« حرف الزاى »

«حرف السين»

«حرف الشين»

((حرف الصاد))

((حرف الضاد))

((حرف الطاء))

« حرف الظـاء »

« حرف العين »

« حرف الغين »

« حرف الفــاء »

« حرف القاف »

« حرف الكاف »

« حرف اللام »

« حرف الميم »

« حرف النون »

« حرف الهاء »

« حرف الواو »

« حرف اليـاء »

خامساً ــ الأحكام

الصفحة	الأحكام



محمد نجيب المطيعي

ميدان عبده باشا ـ القاهرة






Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)


Converted by Tiff Combine - (no stamps are applied by registered version)

